Gesetzliche Vertretung und gesetzliche Vollmacht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Universität Rostock

vorgelegt

von

Alexander Cats.

ACAD.
LIBR. BAT.
BIBL.

Berlin 1905.
Druck von E. Ebering, G. m. b. H.
Mittelstrasse 29.

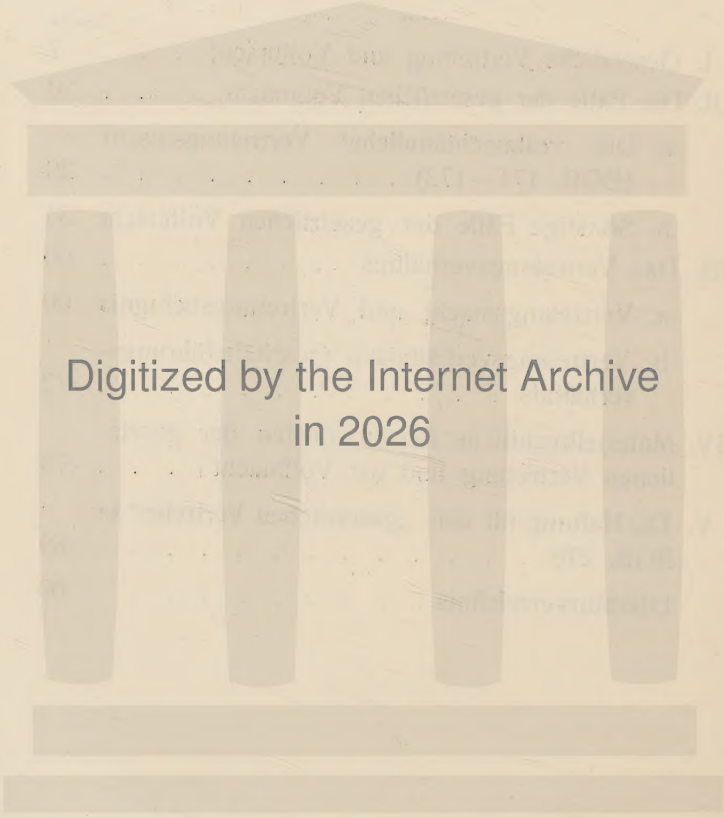
Dem Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Kipp in Berlin und dem Herrn Prof. Dr. Bernhöft in Rostock spricht der Verfasser für das dieser Arbeit entgegengebrachte tätige Interesse seinen ehrerbietigsten Dank aus.

Meinen Eltern!

Uebersicht.

		Seite
§ 1.	I. Gesetzliche Vertretung und Vollmacht . . .	7
	II. Die Fälle der gesetzlichen Vollmacht . . .	20
§ 2.	a. Die vollmachtähnliche[1] Vertretungsmacht (BGB. 171—173)	20
§ 3.	b. Sonstige Fälle der gesetzlichen Vollmacht	34
	III. Das Vertretungsverhältnis	60
§ 4.	a. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis	60
§ 5.	b. Vertretungsverhältnis u. Geschäftsführungsverhältnis	72
§ 6.	IV. Materiellrechtliche Besonderheiten der gesetzlichen Vertretung und der Vollmacht . . .	78
§ 7.	V. Die Haftung für den „gesetzlichen Vertreter“ in BGB. 278	89
	Literaturverzeichnis	99

1. Der Ausdruck stammt von Zitelmann, Allg. Teil, S. 121, siehe unten p. 24.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0046

§ 1.

I. Gesetzliche Vertretung und Vollmacht.

Die Vertretung bei Rechtsgeschäften ist im bürgerlichen Leben, insbesondere im Handelsverkehr höchst bedeutsam. Das Vorhandensein und die feine Ausbildung dieses Rechtsinstituts entspricht dem Bedürfnis einer individualistisch-kapitalistischen Gesellschaft freier Menschen. Denn die Willensbetätigung des Einzelnen kann sich so über die engen Schranken des Raumes hinwegsetzen. Wo er andern — und seien es noch so viele — die Macht gegeben hat, in seinem Namen zu handeln, da wird seine eigene Rechtssphäre unmittelbar berührt.

Mit der zunehmenden Arbeitsteilung schwindet für den Einzelnen die Möglichkeit, die Angelegenheiten, die ihn interessieren, selbständig zu beherrschen. Er vereinigt sich mehr und mehr mit andern zu Korporationen, zu Handelsgesellschaften. Diese bedürfen nach aussen hin ebenfalls einer Vertretung zur aktiven wie zur passiven Wahrung ihrer Interessen.

Gemeinnütziger Sinn und zufällige Ereignisse des Verkehrslebens schaffen Vermögensmassen, die eines wahren Eigentümers entbehren, oder die doch dessen Verwaltung entzogen sind. Auch diese bedürfen, wie die Korporationen, einer Vertretung.

Schliesslich sorgt die Rechtsordnung dafür, dass Personen, die wegen ihrer Jugend oder wegen geistiger Gebrechen nicht imstande sind, ihre Angelegenheiten zu besorgen, einen Mundwalt erhalten, der dies mit Rechtswirkung für und gegen sie tut.

Das BGB. handelt von der Vertretung bei Rechtsgeschäften im 5. Titel des III. Abschnitts des Allgemeinen Teils (§§ 164—181). Es versteht darunter die Abgabe oder Entgegennahme (diese auch bei „passiver Assistenz") einer Willenserklärung im Namen eines anderen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen diesen andern (BGB. 164).

Zwei Arten der Vertretung werden im BGB. erwähnt: die gesetzliche Vertretung und die Vollmacht.

Die Vollmacht wird in BGB. 166, II als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht" definiert. Der Begriff der „gesetzlichen Vertretung" wird dagegen vom BGB. nicht bestimmt, offenbar weil seine Bedeutung als die eines terminus technicus als bekannt vorausgesetzt wird.[1] So ist im BGB. häufig die Rede davon, dass Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige einer Ergänzung oder Festsetzung ihres Willens durch den ihres „gesetzlichen Vertreters" bedürfen oder nicht bedürfen.[2] Hier ist mit dem „gesetzlichen Vertreter" offenbar ein numerus clausus von Personen gemeint, die eine besondere familienrechtliche Stellung einnehmen. Das ältere deutsche Recht nannte diese Vertreter „Mundwalt" — eine Bezeichnung, die ihrer Rechtsstellung sicherlich adäquater war. Denn sie brachte das Recht und die Pflicht, „für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen", zum Ausdruck und begnügte sich nicht mit der Festlegung des formalen Vertretungsverhältnisses. Trotzdem können wir Dernburgs (I S. 472) Bedauern darüber, dass das BGB. diese Bezeichnung nicht aufgenommen hat, nicht teilen: archaische Wortbildungen tragen nicht viel zur Verständlichkeit eines modernen Gesetzes bei.

Gesetzlicher Vertreter im BGB. ist zunächst der eheliche V a t e r als Inhaber der elterlichen Gewalt (BGB. 1626, 1630).

---

1. Vgl. Biermann S. 8/9.

2. Beispiele: BGB. 8, 107 fg., 131, 179, 1304, 1307, 1331, 1336, 1364, 1437, 1492, 1516, 1595, 1728, 1748, 1750, 2229, 2275, 2282, 2290, 2347.

Ihm gleich steht der Vater des durch nachfolgende Ehe (BGB. 1719) oder Ehelichkeitserklärung (BGB. 1736) legitimierten Kindes, der Vater des Kindes aus nichtiger Ehe, sofern ihm nicht die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung bekannt war (BGB. 1699. 1701), auch der Adoptivvater (BGB. 1757), nicht aber der Vater des unehelichen Kindes (BGB. 1589, II).

Die gesetzliche Vertretung des Vaters ist die umfassendste von allen Fällen der gesetzlichen Vertretung überhaupt. Immerhin ist auch sie in gesetzliche Schranken gezwängt (BGB. 1630, II 1), die das Vormundschaftsgericht im Bedarfsfalle noch enger ziehen kann (BGB. 1630, II 2). Die gesetzliche Vertretung endigt mit der elterlichen Gewalt oder mit der Entziehung der Vertretungsmacht durch das Vormundschaftsgericht, nicht schon durch die Verheiratung einer minderjährigen Tochter (BGB. 1633) oder durch die Scheidung der Ehe und Zusprechen des Kindes an die Mutter (BGB. 1635, II). Nur das Vormundschaftsgericht kann eine Entziehung oder Beschränkung dieser Vertretungsmacht bewirken, nicht etwa das Prozessgericht, bei dem ein Eheverfahren schwebt, wenngleich dieses berechtigt ist, Anordnungen für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder zu treffen (CPO. 627).

Ebenso ist die Mutter, soweit ihr die elterliche Gewalt zusteht, „gesetzlicher Vertreter" ihres ehelichen Kindes (BGB. 1634. 1684 ff. 1701), niemals ist es die uneheliche Mutter (BGB. 1707). Auch die eheliche Mutter ist es nicht, solange ihre elterliche Gewalt wegen Minderjährigkeit ruht (BGB. 1696).

Ist der Mutter ein Beistand bestellt, so wird dieser, sofern ihm die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen ist, innerhalb des Umfang der übertragenen Vermögensverwaltung „gesetzlicher Vertreter" des Kindes (BGB. 1693 mit 1915. 1793).

Der Vormund ist „gesetzlicher Vertreter" des Mündels, sowohl des minderjährigen (BGB. 1793) wie des volljährigen

(BGB. 1897). Ebenso sind es Mitvormünder, mag ihnen die Vertretungsmacht gemeinschaftlich oder nach Wirkungskreisen geteilt zustehen (BGB. 1797). Der Gegenvormund ist nicht „gesetzlicher Vertreter" (BGB. 1799).

Auch der Pfleger ist „gesetzlicher Vertreter" des Pfleglings (BGB. 1915 m. 1793), doch nur, „soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt." (Hierüber vgl. unten p. 49—55).

Ausnahmsweise ist auch das Vormundschaftsgericht zur gesetzlichen Vertretung des Mündels bezw. Kindes berufen. Ist nämlich ein gesetzlicher Vertreter noch nicht bestellt oder ist dieser an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert, so hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Massregeln zu treffen (BGB. 1846. 1665). Diese können sowohl darin bestehen, dass es einen Pfleger bestellt, als auch kann es selbst als Vertreter fungieren,[3] indem es z. B. eine gefährdete Forderung des Mündels kündigt. Ferner ist das Vormundschaftsgericht gesetzlicher Vertreter des Mündels, soweit dieses bei der Bestellung, Aenderung oder Aufhebung einer dem Vormund zu leistenden Sicherheit mitzuwirken hat (BGB. 1844, II 1672, I).[4]

Die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts und demgemäss seine gesetzliche Vertretungsmacht hat ein etwa eingesetzter Familienrat (BGB. 1872, I 1).

Ist eine geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Person ohne „gesetzlichen Vertreter", so kann ihr zur Wahrung ihrer Rechte in Passivprozessen interimistisch ein „besonderer Vertreter beigeordnet werden (CPO. 57).[5] Auch dieser hat eine vormundschaftliche Stellung und seine Befugnisse werden denen des Vormunds analog gestaltet sein.

---

3. Vgl. Motive IV, S. 1155, Planck 1846 E. 2, Staudinger 1665 E. 3 u. 1846 E. 2, Dernburg IV, S. 389, Endemann II S. 927.

4. Vgl. Dernburg IV, S. 393, Endemann II, S. 927, No. 8 und FGG. § 54.

5. Entsprechend auch Gewerbegerichtsges. v. 29 Juli 1890 § 28.

Ebenso ist als „gesetzlicher Vertreter“ (curator ad hoc) anzusehen der dem Entmündigten zur Erhebung der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung für den Fall, dass der generelle gesetzliche Vertreter die Klage nicht erheben will, beigeordnete Rechtsanwalt (CPO. 679, III 686, II 2). Dagegen sieht das Reichsgericht (35 No. 90) in dem dem Entmündigten zur Erhebung der Anfechtungsklage als Vertreter beigeordneten Rechtsanwalt (CPO. 668) einen reinen Prozessbevollmächtigten, da der Entmündigte für diese Klage prozessfähig sei und sich ebensogut einen Anwalt frei wählen dürfe.

Eine juristische Person wird nach BGB. durch ihren Vorstand vertreten. Der Vorstand hat „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ (BGB. 26, II 1. 86), ebenso andere satzungsgemäss berufene besondere Vertreter (BGB. 30. 86).

Nicht anders steht es mit den Organen der handelsrechtlichen juristischen Personen. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft (HGB. 231 fg.), in gewissen Grenzen auch der Aufsichtsrat (HGB. 247), der Geschäftsführer einer G. m. b. H. (Ges. vom 20. 4. 1892 §§ 35 fg.), der Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft (Ges. vom 1. 5. 1889 §§ 24 fg.), sie alle haben „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.“

Diesen Fällen der gesetzlichen Vertretung wird in der Regel die „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht“ gegenübergestellt.

Schon a priori muss aber diese Einteilung[6] höchst bedenklich erscheinen. Es fehlt ein wirkliches principium divisionis. Einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht würde als Komplementärbegriff eine durch Gesetz oder amtliche Bestellung erteilte Vertretungsmacht entsprechen. Statt dessen steht ihr eine durch eine gewisse vormundschaftliche Stellung charakterisierte Vertretungsmacht gegenüber, der

6. Wir finden sie ausdrücklich z. B. bei Planck I, S. 210, Kohler, Lehrb. S. 436, Crome I, S. 466, Endemann I, S. 392/3, Engelmann S. 123.

die durch Rechtsgeschäft (Bestellung, Stiftungsgeschäft) erteilte Vertretungsmacht der Organe einer juristischen Person angeschlossen ist.

Würde ferner der Vormund nicht mehr „gesetzlicher Vertreter" sein, wenn unser Recht einen tutor testamentarius zuliesse?

Praktisch lässt sich diese Unterscheidung ebensowenig durchführen. Wir haben in unserem Recht eine Reihe von Fällen, in denen eine Vertretungsmacht auf Gesetz beruht, ohne dass wir darum doch jene vormundschaftliche „gesetzliche Vertretung" vor uns hätten. Biermann (S. 6—15) gibt eine Aufstellung dieser Fälle, ihm schliesst sich im wesentlichen Dernburg (I S. 473) an.[7] Bei diesem werden sechs Fälle erwähnt:

1. Der Ehemann als Vertreter der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand hinsichtlich des Eingebrachten,

2. ebenso bei der Gütergemeinschaft hinsichtlich des Gesamtguts.

3. Die Frau als Vertreter des Mannes im Gebiet der Schlüsselgewalt.

4. Der Nachlassverwalter als Vertreter des Erben.

5. Der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners.

6. Der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers nach CPO. 754. 755.

Wir sehen in dem Ehemann als solchen überhaupt keinen Vertreter der Ehefrau,[7a] erkennen jedoch die Fälle 3 und 6 als solche einer „Vertretungsmacht kraft Gesetzes" an. Ihnen werden wir noch eine ganze Reihe wesensgleicher Fälle anzuschliessen haben. —

---

7. Aehnlich zählt auch Enneccerus I, S. 221 ausser den Fällen 1—5 noch den Testamentsvollstrecker als mit „gesetzlicher Vertretungsmacht" ausgerüstet auf. Vgl. auch Neumann I, S. 158/9.

7a. Auch Dernburg hat diese Anschauung schon im „Familienrecht" korrigiert (vgl. unten p. 45, No. 31.)

Nachlassverwalter, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker gehören dagegen nicht in diesen Zusammenhang.

Die Stellung der Verwalter von Vermögen, deren Verwaltung ihrem Subjekt entzogen ist, hat der Doktrin bisher die grössten Schwierigkeiten gemacht. Unüberbrückbar sind diese Schwierigkeiten, wenn man in dem Verwalter einen Vertreter des Subjekts sieht. Das Subjekt wird ja durch die separatio bonorum nicht geschäftsunfähig, also erhält es auch keinen gesetzlichen Vertreter, es kann nicht über die Masse verfügen, wie könnte dies dann ein von ihm Bevollmächtigter! Die Theorie des Reichsgerichts, nach der der Konkursverwalter im eigenen Namen handelt (29, 10), als „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zwecks des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetze entnimmt" ist aus diesem Dilemma zu erklären, erklärt aber die Stellung des Konkursverwalters nicht, da sie undurchführbar ist (ein greifbares Beispiel: Prozesskostenpflicht!). Die Ansicht, der Konkursverwalter vertrete die Gläubigerschaft[8] beruht auf einer Verwechslung von Handeln in fremdem Namen und Handeln in fremdem Interesse. Der Konkursverwalter handelt aber selbst dann nicht im Namen der Konkursgläubiger, wenn er nach KO. 36 das Anfechtungsrecht für sie ausübt, das ihnen ausserhalb des Konkurses nach dem Anfechtungsgesetz zustehen würde.[9]

Vollkommen gelöst scheint uns die Frage durch die von Hellwig[10] vertretene Theorie der selbständigen Sondervermögen, die er in seinen Werken mit dialektischer Schärfe und einer Kraft durchgeführt hat, die jeden überzeugen muss, dem noch nicht das alte gemeinrechtliche unbeweisbare Dog-

8. Vgl. z. B. Kohler, Konkursrecht 1891, S. 400; L. Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht 1899, S. 157.

9. Vgl. Hellwig, Lehrb. S. 326.

10. Hellwig, Anspruch §§ 31—41, Lehrbuch §§ 43—47.

ma, dass, was Rechtsobjekt ist, niemals Rechtssubjekt sein kann,[11] in succum et sanguinem übergegangen ist.[12]

Wir lernen bei ihm, dass durch die separatio bonorum eine Vermögensmasse entsteht, die während der Dauer der Separation ihre selbständigen Rechte und Pflichten hat.

Insoweit besteht eine deutliche Analogie mit den juristischen Personen. Wir könnten hier wie dort sagen: eine reale Persönlichkeit ist nicht vorhanden. Gleichwohl besteht ein Komplex von Rechten und Pflichten, die rechtlich nicht anders behandelt werden können, als wenn sie einer natürlichen Person zuständen. Es wäre deshalb die einfachste Formel,[13] wenn wir sagten: die selbständige Vermögensmasse ist eine juristische Person oder: sie wird als eine juristische Person behandelt. Dabei müssten wir uns natürlich dessen bewusst bleiben, dass die Regeln des BGB. über juristische Personen nicht zur Anwendung kommen dürften (bis auf Ausnahmen wie BGB. 31).

Die für diese selbständigen Vermögensmassen bestellten Vertreter nehmen dann die entsprechende Stellung ein, wie die Organe der juristischen Person. Durch ihre Handlungen wird die Masse berechtigt und verpflichtet, wie das Vermögen des Vereins oder der Stifung durch die des Vorstands. Auch sie haben, wie der Vorstand, die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters."

Es gehören hierhin ausser dem Konkursverwalter, der Zwangsverwalter,[14] der Testamentsvollstrecker, Nachlasspfleger und Nachlassverwalter, aber auch die geschäftsführenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, die ge-

---

11. Vgl. noch Gaupp-Stein §. 58 II, Biermann S. 10.

12. Kohler, Lehrb. S. 354—357 erkennt gewisse stillschweigende (konstruktive) juristische Persönlichkeiten an. Doch beschränkt er sie hinsichtlich unserer selbständigen Vermögensmassen auf Nachlass und Sammelvermögen (BGB. 1914).

13. Vgl. Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 66 No. 27.

14. Vgl. CPO. 938, II, ZVG. 146 fg. BGB. 1052, 2128, StrPO. 332.

schäftsführenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, die Liquidatoren des Vermögens einer erloschenen juristischen Person oder Handelsgesellschaft, der Pfleger eines Sammelvermögens, der Korrespondentreder.

Diese alle sind Verwalter eines durch separatio bonorum entstandenen selbständigen Sondervermögens, das zwar einer ganz gesonderten Verwaltung unterliegt und demgemäss rechtlich wie ein selbständiges Rechtssubjekt zu behandeln ist, das aber doch im Eigentum sei es einer Person, sei es eines Personenverbandes steht. Dagegen vertreten der nach CPO. 58 bestellte Vertreter zur Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum an einem derelinquierten Grundstück ergebenden Rechte und Verpflichtungen in Passivprozessen[15] und der curator hereditatis jacentis[16] eine selbständige Vermögensmasse, die zur Zeit keinen Eigentümer hat, wenn auch an ihr Eigentum besteht — eine noch deutlichere Analogie zu den juristischen Personen als bei den selbständigen Sondervermögen.

Die Vertretungsmacht dieser Vertreter selbständiger Vermögensmassen beruht teils auf amtlicher Bestellung (Konkursverwalter, Nachlassverwalter, Zwangsverwalter), teils auf Gesellschaftsvertrag (bei den Handelsgesellschaften) teils auf privater Bestellung (Korrespondentreder HGB. 492), Ernennung[17] des Testamentsvollstreckers durch Testament (BGB. 2197) oder durch testamentarisch einem Dritten überlassene

---

15. Dementsprechend in Aktivprozessen und ausserhalb eines Prozesses ein nach Analogie von BGB. 1913 bestellter Pfleger. Vgl. Hellwig, Lehrb. S. 294, No. 11, s. auch unten p. 53

16. Diese existiert, wie Hellwig (Anspruch S. 45, No. 1, Lehrb. S. 293, No. 9) nachweist, auch heute noch dann, wenn der Erbschaftserwerb abhängig ist von der Geburt des Erben (BGB. 1923), der Genehmigung einer Stiftung (BGB. 80, 84), der Ehelichkeitserklärung (BGB. 1733), der Bestätigung eines Adoptionsvertrages (BGB. 1753). Zustimmend auch Windscheid-Kipp III, S. 193/4.

17. Diese ist auch dann kein Vertrag, wenn der Testamentsvollstrecker noch bei Lebzeiten des Testators konsentiert hatte, vgl. Isay S. 17/18.

Bestimmung (BGB. 2198). Dieser Dritte kann selbst wieder Testamentsvollstrecker (BGB. 2199) oder auch das Nachlassgericht (BGB. 2200) sein.

Wir müssen deshalb einsehen: wollten wir die beiden Arten der Vertretung danach bestimmen, ob die Vertretungsmacht auf Rechtsgeschäft beruht oder nicht, so würden wir zwei ganz formale Kategorien erhalten, denen ein gemeinsames inneres Band mangeln würde.[18]

Dies würde an sich nichts schaden, wenn es überhaupt keinen wesentlichen Unterschied bei den einzelnen Fällen der Vertretung gäbe, wenn der gesetzliche Vertreter dieselbe Rechtsstellung hätte, wie der Bevollmächtigte und nur die Entstehung der Vertretungsmacht verschieden wäre.

Das ist aber nicht der Fall. Dafür spricht schon, dass BGB. 26 dem Vorstand eines Vereins, der seine Vertretungsstellung offenbar durch Rechtsgeschäft erwirbt „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" gibt, hiermit also erkennen lässt, dass er eine andere Stellung einnimmt, als sonstige durch Rechtsgeschäft zur Vertretung Berufene.

In der erheblichsten Weise zeigt sich der Gegensatz zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Bevollmächtigten im Civilprozess. Dort wird unter dem „gesetzlichen Vertreter" ausschliesslich derjenige verstanden, der berufen ist, eine prozessunfähige Partei[19] vor Gericht zu ver-

18. Dies tritt besonders deutlich bei Leonhard, Allg. Teil S. 311—313 hervor.

19. Eine Ausnahme zeigt CPO. 53. Die Partei ist hier zwar prozessfähig, aber durch tatsächliche dauernde Hindernisse: Abwesenheit, Gebrechlichkeit, Ungewissheit an der Prozessführung verhindert. Der für sie bestellte Pfleger erwirbt deshalb für den Prozess den Rang eines „gesetzlichen Vertreters", während sie selbst für die Dauer des Verfahrens zu einer prozessunfähigen Partei herabgedrückt wird. Vgl. unten p. 49 fg, 53 fg. Die zahlreichen bei Gaupp-Stein erwähnten Ausnahmen (9 Kategorien) beruhen darauf, dass hier die gesetzlichen Vertreter der (prozessunfähigen) selbständigen Sondervermögen als gesetzliche Vertreter von deren Subjekten angesehen werden.

treten. (CPO. 51). Dieser hat im Prozess eine ganz andere Stellung als der Prozessbevollmächtigte. Er tritt ganz an die Stelle der Partei, für die er prozessiert, er schwört die Parteieide (vgl. CPO. 426, 471, 473, 474, 476, 477), während er unfähig ist, Zeuge zu sein;[20] an ihn erfolgen die Zustellungen[21] (CPO. 171, 586); bei seinem Tode wird das Verfahren unterbrochen (CPO. 241), kann bezw, wenn ein Prozessbevollmächtigter bestellt war, ausgesetzt werden (CPO. 246). Tritt eine Veränderung in der gesetzlichen Vertretung ein, so bedarf ein Prozessbevollmächtigter einer neuen Vollmacht (CPO. 86). Der Mangel der gesetzlichen Vertretung gewährt eine prozesshindernde Einrede (CPO. 274 Z. 7). Dies alles gilt nicht für den Prozessbevollmächtigten.

Aber auch im materiellen Recht weicht die Stellung des gesetzlichen Vertreters von der des Bevollmächtigten sehr ab. Es sei hier nur an BGB. 165, II, erinnert.

Es dürfte daher von Wert sein, zu erkennen, worin der wesentliche Unterschied zwischen der gesetzlichen Vertretung und der Vollmacht wirklich besteht. Die Entstehung der Vertretungsmacht, sahen wir, kann nicht massgebend sein.

Kein Kriterium ist ferner, ob die Vertretung gesetzlich notwendig ist oder nicht.[22] Es gibt auch eine notwendige Vertretung durch Bevollmächtigte. Das Gesetz verlangt bisweilen, dass die Ausübung eines Rechts im öffentlichen Interesse durch einen besonders fachmännisch gebildeten Bevollmächtigten geschehen solle. Der Hauptfall ist der bevollmächtigte Anwalt im Anwaltsprozess. Lediglich im Interesse einer raschen und sicheren Abwicklung des

---

20. Reichsger. 2, S. 400.

21. Doch nicht, wenn er selbst Prozessgegner ist! Dies wird nach Analogie von CPO. § 185 anzunehmen sein; vgl. auch Reichsger. 7, S. 404, BGB. 181, 1909,1.

22. Dies nimmt augenscheinlich Feder S. 24, No. 2 an. Auch die Bezeichnung „gewillkürte und notwendige Stellvertretung" z. B. Dniestrzanski S. 66 fg. lässt auf diese Auffassung schliessen.

Verfahrens ist angeordnet, dass die Partei sich eines „zugelassenen" Anwalts als Vertreter bediene. Dieser Anwalt wird aber bevollmächtigt! Eine Beschränkung der Prozessfähigkeit der Partei ist nicht vorhanden, die etwa nur bei einem zugelassenen Anwalt wegfiele, der ja „sich selbst vertreten" (CPO. 78, III), d. h. im eigenen Namen verhandeln kann.

Auch ein der armen Partei beigeordneter Anwalt ist ein von ihr (stillschweigend) Bevollmächtigter. Demgemäss hat die arme Partei auch das Recht, einen beigeordneten Anwalt zurückzuweisen (so Reichsger. 35 No. 95).

Wir haben hier also eine reine Vollmacht[23] und weder „gesetzliche Vertretung" noch ein Zwitterding, wie Feder a. a. O. annimmt. —

Es scheint uns vielmehr das Gleichartige und Charakteristische der „gesetzlichen Vertretung" in folgendem zu liegen: ein Rechtssubjekt, das nicht geschäftsfähig ist (d. h. geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig oder — die juristischen Personen[24] und selbständigen Vermögensmassen — jenseits von geschäftsfähig und geschäftsunfähig) wird von einer geschäftsfähigen[25] physischen Person vertreten. Der Vertretene kann hier keinen rechtlich bedeutsamen Willen

---

23. Ein Analogon zu diesem Falle, in dem die Ausübung eines Rechts nur durch einen fachmännischen Vertreter zulässig ist, finden wir auf dem Gebiete der nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen in der Vorschrift des Preuss. Jagdpolizeiges. v. 7. März 1850, nach der auf einem Grundstück, das kleiner als 300 Morgen ist, das Jagdrecht zwar nicht durch den Eigentümer ausgeübt werden kann, aber, wenn es mit andern zu einem Jagdbezirk zusammengelegt worden ist, durch einen angestellten Jäger (§ 10). Entsprechendes gilt, wenn das Grundstück im Eigentum einer juristischen Person oder von mehr als 3 Miteigentümern steht, unabhängig von der Grösse (§ 3).

24. Vgl. Windscheid-Kipp I, S. 234 fg.

25. Dass ganz exceptionellerweise ein beschränkt Geschäftsfähiger „gesetzlicher Vertreter" sein kann (s. unten p. 79 fg.) bestätigt nur die Regel.

fassen, die Rechtsordnung sorgt aber dafür, dass seine Rechte gewahrt und seine Pflichten erfüllt werden, indem sie ihm einen „gesetzlichen Vertreter," ein „Organ" schafft, das mit unmittelbarer Rechtswirkung für das Subjekt handelt.

Diese Vertretung ist in keiner Weise auf den Willen des Subjekts zurückzuführen: dieses hat ja keinen, wenigstens keinen rechtlich relevanten Willen!

Ganz anders bei der Vollmacht: hier ist die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt. Der Vertretene muss also jedenfalls, um sie erteilen zu können, geschäftsfähig sein. An sich wäre hier ein eigenes Handeln des Vertretenen möglich. Er löst aber aus dem Komplex der ihm zustehenden Handlungsmöglichkeiten eine grössere oder kleinere Menge heraus und überträgt sie auf den Bevollmächtigten, der so mit derselben Wirkung agieren kann, als hätte der Herr selbst gehandelt, ohne dass dieser dadurch etwas an Handlungsfähigkeit einbüsst. Hier liegt der Grund der unmittelbaren Wirkung in dem Willen des Vertretenen. Dem sind gewiss aber auch die Fälle anzureihen, in denen das Gesetz den Willen des Vertretenen und damit die rechtsgeschäftliche Vollmachtserteilung aus irgend welchen Gründen fingiert, die Vertretungsmacht also in Wahrheit auf dem Gesetz beruht.

Fassen wir den Gegensatz zwischen „gesetzlicher Vertretung" und „Vollmacht" in diesem Sinne auf, so befinden wir uns in erfreulicher Uebereinstimmung mit der CPO., ein Unternehmen, an dem Biermann (S. 15/16) verzweifelt.[26]

Wir werden deshalb die einzelnen Vertretungsverhältnisse aus diesem Gesichtspunkt zu untersuchen haben und, wie wir schon sahen, dass ein Vertreter, dessen Vertretungsmacht auf Rechtsgeschäft beruht, „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" haben kann,[27] so auch finden, dass Ver-

26. Die Divergenz des materiell-rechtlichen und prozess-rechtlichen Begriffs der „gesetzlichen Vertretung" wird auch betont bei Neumann I, S. 156.

27. Vorstand einer juristischen Person, Testamentsvollstrecker, Handelsgesellschafter, Korrespondentreheder.

treter, deren Vertretungsmacht auf Gesetz beruht, die Stellung eines Bevollmächtigten haben können.

In Fällen der letzteren Art werden wir von einer „gesetzlichen Vollmacht“ sprechen. Freilich wissen wir wohl, dass der Ausdruck sich streng genommen mit der Terminologie des BGB. nicht recht verträgt — Biermann (S. 3) erklärt eine „gesetzliche Vollmacht“ nach BGB. sogar für widersinnig —, da aber diese durch Gesetz begründete Vertretung in ihrem Wesen der durch ein Rechtsgeschäft erteilten vollkommen entsprechen soll, während sie sich von der „gesetzlichen Vertretung“ energisch unterscheidet, da wir ferner unter der Bezeichnung „gesetzliche Vertretung“, die an sich passen würde, eben schon etwas bestimmtes anderes verstehen, und da schliesslich eine Reihe von Schriftstellern[28] die „gesetzliche Vollmacht“ kennt, so dürfen wir den Ausdruck wohl gebrauchen.

II. Die Fälle der gesetzlichen Vollmacht.

§ 2.

a) Die vollmachtähnliche Vertretungsmacht (BGB. 171—173).

I. Die Vollmachtserteilung, d. h. die Erteilung der Vertretungsmacht durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden oder den Dritten, dem gegenüber die Vertretungsmacht wirken soll, ist eine Willenserklärung, d. h. eine Erklärung, auf welche hin die von der Rechtsordnung an sie geknüpfte Wirkung nur deshalb eintritt, weil sie von dem Urheber der Erklärung gewollt ist.[1]

---

28. Hupka S. 239, No. 1. S. 126, Staub zu HGB. 56, Lehmann-Ring zu HGB. 56 E. 3 Dniestrzanski S. 89, 93, Stobbe-Lehmann III, S. 146/7 in allerdings etwas abweichender Bedeutung. Gaupp-Stein zu CPO. 81 und 755 spricht von „Legalvollmacht“, Windscheid-Kipp I, S. 307 No. 1a erklärt es nicht für sprachwidrig, auch eine auf Gesetz beruhende Vertretungsmacht Vollmacht zu nennen.

1. Vgl. Motive I, S. 126, ferner Windscheid-Kipp I, S. 267.

Dagegen wird in BGB. 171, 172 die Vertretungsmacht ganz unabhängig von der Vollmachtserteilung vom Gesetz an gewisse äussere Kundgebungen geknüpft, die die Befugnis zur Vertretung zu gewährleisten scheinen. Wenn nämlich der Geschäftsherr dem Dritten besonders mitgeteilt hat, dass er einen andern bevollmächtigt habe (BGB. 171), oder wenn der als Vertreter auftretende dem Dritten eine Vollmachtsurkunde vorlegt (BGB 172), so erwirbt der durch die Kundgebung Legitimierte hiermit dem Dritten gegenüber Vertretungsmacht, ebenso allen Dritten gegenüber, wenn die Vollmacht öffentlich bekannt gemacht worden ist (BGB. 171).

Hier bleibt die Vertretungsmacht so lange bestehen, bis sie durch einen entsprechenden contrarius actus wieder aufgehoben wird (BGB. 171, II, 172, II), also auch dann, wenn der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten die Vollmacht gekündigt, dies aber nach aussen nicht kundgegeben hat, sofern nur der Dritte das Erlöschen nicht kannte oder kennen musste (BGB. 173).

Vielfach wird diese Begründung der Vertretungsmacht für eine Willenserklärung angesehen, die sich nur unter der Maske einer berichtenden Erklärung verberge.[2] Es ist nun zwar möglich, dass der Geschäftsherr durch die Kundgebung in Wahrheit die Vertretungsmacht erst begründen will, sie kommt aber auch dann zu stande, wenn er glaubt, sie schon begründet zu haben, oder wenn er selbst das nicht einmal glaubt, sondern sie etwa erst später durch konstitutive Erklärung zu begründen gedenkt. Der Wille des Erklärenden ist für den Erfolg ganz irrelevant. Es liegt hier deshalb ebensowenig eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht vor, wie, um an das Schulbeispiel zu erinnern, Stehlen dann ein Rechtsgeschäft ist, wenn der Dieb damit bezweckt,

---

2. S. Dernburg I, S. 475, 484, Rehbein I, S. 265: „formelle Bevollmächtigung"; Kohler, Lehrb. S. 439: Die Mitteilung habe rechtsgeschäftlichen Charakter.

sich im Gefängnis über die Sorgen eines kalten Winters hinwegsetzen zu können.

Die Motive (I S. 237) sehen in dieser Kundgebung „die Erklärung, dass der Dritte sich darauf verlassen kann, dass die betreffende Person Vertretungsmacht habe.“ Ganz abgesehen davon, dass diese Absicht kaum jemals der Erklärung zu Grunde liegen wird,[3] würde eine solche Erklärung, die als Garantieerklärung zu bezeichnen wäre, eine ganz andere Rechtswirkung haben, als die vom Gesetz statuierte. Wenn ich dem B. garantiere, dass A. solvent ist, so wird A. dadurch noch nicht solvent, sondern mir erwächst nur eine etwaige Schadensersatzpflicht. Wenn ich dagegen dem B. mitteile, ich hätte A. bevollmächtigt, so bin ich nicht etwa verpflichtet, den Schaden, den er erleidet, zu ersetzen, wenn dem A. die genannte Vollmacht in Wahrheit nicht zusteht, sondern er erwirbt ex lege die Vertretungsmacht. Jene Konsequenz wollen die Motive natürlich auch abweisen, damit verzichten sie aber zugleich auf ihre Konstruktion.

Die Konstruktion, die Schlossmann für diese Kundgebung entwirft, scheint uns ein schwanker Bau zu sein. Er sieht in der Kundgebung ein aussergerichtliches Geständnis, dem mittelst einer „künstlichen Steigerung“ „eine noch über die dem gerichtlichen beigelegte hinausgehende“ Kraft verliehen ist.[4] Zu dieser Theorie hat er sich allerdings dadurch förmlich selbst gezwungen, dass er den seit Labands grundlegendem Aufsatz als sichere Errungenschaft der Wissenschaft geltenden Gegensatz zwischen Vollmacht und dem zu Grunde liegenden Verhältnis als ein scholastisches Phantom zu vernichten trachtet. Wenn man freilich nicht anerkennen will, dass die Vertretungsmacht ein Moment sei, das mit dem zu Grunde liegenden Verhältnis (Schlossmanns „Vertretungsverhältnis“) noch nicht notwendig

3. Dies wird betont bei Zitelmann Rechtsgeschäfte II, S. 98 fg.
4. Schlossmann, Stellvertretung II, S. 474 fg., S. 490 fg.

gegeben ist, dann bleibt für eine unabhängig von jeder causa durch die blosse Kundgebung entstehende Vertretungsmacht natürlich kein Raum. Schlossmann verweist deshalb die rechtliche Würdigung dieser Kundgebung aus dem Civilrecht ins Prozessrecht: die Kundgebung bilde nur eine Beweiserleichterung, eine Beweissicherung für den Dritten (II, S. 464 ff.)

Hiergegen müssen wir einwenden:

1. Aussergerichtlichen Geständnissen kommt nicht einmal die den gerichtlichen Geständnissen innewohnende Kraft zu, deren Wirksamkeit nur dann erlischt, „wenn die widerrufende Partei beweist, dass das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlasst sei.“ (CPO. 290). Sie bleiben vielmehr „auf der untersten Stufe der allgemeinen Geständniswirksamkeit stehen.“[5] Schlossmann muss aber durch seine nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten hergeleitete „künstliche Steigerung“ die Wirkung dieses Geständnisses noch über die des gerichtlichen Geständnisses hinaus erweitern, da hier ein Widerruf absolut unzulässig ist. (II, S. 491).

2. Unter „Geständnis“ versteht man sowohl im Sprachgebrauch des Lebens (mit dem Schlossmann häufig argumentiert), als auch in der Jurisprudenz „die Anerkennung der Wahrheit einer zum eigenen Nachteil gereichenden Tatsache“.[6] Es liegt darin offenbar auch das subjektive Moment, dass man sich dieses Nachteils als einer unangenehmen Wahrheit bewusst ist. Dies fehlt aber bei Kundgebung der Vollmacht ganz und gar. Es ist auch nicht die Regel — wenn allerdings möglich —, dass dem Kundgebenden Nachteile daraus erwachsen, jedenfalls wird er sich dieser bei der Kundgebung selten oder nie bewusst sein, denn sonst könnte er sie ja zurückhalten.

---

5. Bülow, Geständnisrecht S. 48.
6. Bülow, Geständnisrecht, S. 47.

3. Wenn wir aber trotzdem das aussergerichtliche Geständnis mit seiner „künstlich gesteigerten“ Wirkung gelten lassen wollten, so würde doch an dem materiellen Wesen der Kundgebung nichts geändert werden. Denn wir würden dann ein, allerdings im modernen Prozess einzig dastehendes, unwiderlegliches Beweismittel haben. Da ein solches auch dann Rechtswirkung erzeugt, wenn das thema probandum in Wirklichkeit garnicht existiert, so hätten wir es in einem solchen Falle mit einer Fiktion zu tun, d. h. mit einer durch das Gesetz geschaffenen rechtlichen Gleichstellung eines Tatbestandes mit einem andern. Dieser andere Tatbestand ist aber offenbar — die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht.

Zitelmann, der bereits in den „Rechtsgeschäften“ (II S. 80, 97 fg.) diese Vertretungsmacht von der eigentlichen Vollmacht scheidet, spricht in seinem „Allgemeinen Teil“ hier von einer „vollmachtähnlichen Vertretungsmacht“, die auf Gesetz beruhe (S. 121).[7] Diese Bezeichnung brandmarkt Crome (I S. 462 Nr. 15) als „äusserlich“. Aber die Unterscheidung, ob eine Vertretungsmacht auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhe, ist ja rein äusserlich, und die inneren Gegensätze, die sich bei der Vertretung finden, sind ja anderer Art. Keineswegs darf man diese Ansicht dadurch ad absurdum führen wollen,[8] dass man erklärt, wenn jene Vertretungsmacht auf Gesetz beruhe, so könne BGB. 166, II auf sie nicht anwendbar sein (vgl. unten p. 82).

Die „besondere Mitteilung an einen Dritten“ (BGB. 171) wird äusserlich kaum von der „durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilten“ (BGB. 170) Vollmacht zu unterscheiden sein. Der Wortlaut der Erklärung kann jedenfalls

7. Ihm folgen Isay S. 231, 232 u. E. Lax, Vollmacht nach BGB. 1899, S. 28—35.

8. Dies unternimmt Leonhard in d. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 44, (1903) S. 419 gegen Isay.

in keiner Hinsicht den Ausschlag geben. So steht der Dritte der Erklärung meist gegenüber, ohne zu wissen, ob es sich um eine Vollmachtserteilung oder um eine Benachrichtigung handelt. Es ist daher nicht mehr als billig, wenn das Gesetz den Dritten schützt, indem es, erkennend, dass die Vollmachtserklärung die Mitteilung in sich schliesst, den grösseren Schutz, den diese gewährt, auch jener im BGB. 170 zu Teil werden lässt. Erlischt deshalb die Vollmacht aus irgend einem Grunde, so bleibt die an die Mitteilung geknüpfte gesetzliche Vertretungsmacht bestehen, bis das Erlöschen dem Dritten bekannt wird.[9]

Ebenso wie an die Kundgebung knüpft das Gesetz (BGB. 172) die Vertretungsmacht an die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde. Der die Vertretungsmacht begründende Akt ist das Vorlegen einer echten Urkunde. Darüber hinaus wird aber gefordert, dass der Vollmachtgeber diese dem Vertreter „ausgehändigt" hat. Also wenn etwa der Vollmachtgeber die Urkunde noch zurückbehielt, weil er sich die Sache noch einmal reiflich überlegen wollte, und der andere nunmehr die Urkunde stiehlt und sie dem gutgläubigen Dritten vorlegt, so hat er keine Vertretungsmacht.[10] Dem Wortlaut des Gesetzes zuwider hier das Gegenteil annehmen zu wollen, würde eine Uebertreibung des Schutzes des gutgläubigen Dritten auf Kosten des Dominus bedeuten.

Die konstitutive Wirkung, die übrigens sowohl für die Existenz wie für den Umfang der Vertretungsmacht gilt, wird vom Gesetz an die rein referierende Kundgebung aber nur dann geknüpft, wenn der Dritte nicht aus anderweitiger Kenntnis her weiss, dass die angegebene Vertretungsbefugnis in Wahrheit nicht existiere, oder wenn er dies nur durch

---

9. Zitelmann, Rechtsgeschäfte II, S. 107, 108.

10. A. M. Hupka S. 174, Isay S. 239. Zustimmend Biermann S. 28, Matthias I, S. 240, Hellmann S. 106, Zitelmann Rechtsgeschäfte II, S. 109.

Fahrlässigkeit nicht weiss. Der Text des Gesetzes ist freilich hier kasuistischer. Er spricht davon, dass der Dritte „das Erlöschen der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste." Das Erlöschen der (internen) Vertretungsbefugnis ist nun sicherlich der Hauptfall einer Divergenz zwischen der internen Vertretungsbefugnis und der durch die Kundgebung verbrieften Vertretungsmacht, der schon in den Digesten für den Fall des Erlöschens des Inkassomandats[11] seine Vorgänger hat. Wenn aber der Dritte weiss, dass die fragliche Vertretungsbefugnis überhaupt nie zu stande gekommen ist, oder dass die Erklärung, durch die sie begründet wurde, nichtig oder auch nur anfechtbar (BGB. 142 II) war, so kann auch dann ihm gegenüber eine Vertretungsmacht nicht zu stande kommen.[12]

Es genügt hier freilich nicht, wenn er weiss, dass eine Vollmachtserteilung an den Vertreter nicht stattgefunden hat.[13] Denn es ist ja möglich, dass der Vollmachtsgeber die Vertretungsmacht überhaupt erst dadurch begründet und dadurch begründen will, dass er die Kundgebung erlässt. Der Dritte muss vielmehr positiv entgegenstehendes Wissen haben, muss erkennen, dass trotz der Kundgebung eine Vertretungsmacht nicht bestehe.[14] Nur wenn er dies gewusst

---

11. l. 26 § 1 D 17,1, l. 34 § 3, l. 51 D. 46,3. Nicht aber für sonstige Fälle zulässiger Stellvertretung z. B. Veräusserung! Hier erlischt mit der Befugnis die Macht. Vgl. l. 41 D. 12,1, l. 2 § 6 D. 39,5.

12. Abw. Cosack I, S. 234, Enneccerus-Lehmann I, S. 230, Biermann S. 29/30, der folgerichtig in BGB. 170/3 keine Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens Dritter sehen kann, zustimmend Planck zu § 173, Staudinger § 173 E. 3, Mathiass I, S. 240, Goldmann-Lilienthal S. 211, No. 24, Eck S. 188, Leonhard, Allg. Teil S. 322, Rehbein I, S. 266, Neumann I, vor § 170 E. 1, Hupka S. 225—227. Clarus in d. Blättern f. Rechtsanwendung Band 64, S. 167, auch Reichsger. 50 S. 76. u. 52,S. 96.

13. Vgl. Crome I, S. 462, No. 18.

14. Dies dürfte besonders dann leicht eintreten, wenn die Kund-

hat oder hätte wissen müssen, besteht keine Vertretungsmacht.

Weiss der Dritte, dass die Vollmachtserteilung anfechtbar sei, so kann er es freilich darauf ankommen lassen, dass der Vollmachtgeber vielleicht nicht anficht. Er würde dann aber praktisch nicht viel anders gestellt sein, als wenn er mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht kontrahierte, nur dass hier die Rechtsbeständigkeit des mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäftes nicht von der (positiven) Genehmigung, sondern von der (negativen) Nicht-Anfechtung abhängig sein würde.

Vorsichtiger wird deshalb der Dritte jedenfalls handeln, wenn er sich mit einem Vertreter, dessen Vollmacht, wie er weiss, anfechtbar ist, auf Rechtsgeschäfte nicht einlässt. Ja, es wird anzunehmen sein, dass er einseitige Erklärungen eines Vertreters, dessen Vollmacht er als anfechtbar kennt, auch dann zurückweisen darf, wenn ihm dieser eine Urkunde vorlegt oder sich auf Benachrichtigung durch den Dominus beruft.[15] Dies entspricht der ratio von BGB. 174, die bei einseitigen Erklärungen das Ungewisse eines Schwebezustandes vermeiden will.

II. Es ist die Frage, inwieweit auf die Kundgebung und die Ausstellung der Vollmachtsurkunde die Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung zu finden haben, insbesondere: sind die Gründe für die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung auch für diese Kundgebungen massgebend? Wer diese Kundgebungen für Willenserklärungen ansieht,[16] für den kann die Beantwortung natürlich nicht zweifelhaft sein. Aber auch soweit in der Literatur

---

gebung darin bestand, dass der Dominus es stillschweigend duldete, dass sich ein anderer als sein Bevollmächtigter gerierte.

15. A. M. Clarus a. a. O. S. 177 und ihm folgend Staudinger § 174 E. 4, nach denen der Dritte hier in ein sehr unerquickliches Dilemma geraten muss.

16. Vgl. oben p. 21, No. 2.

die Ansicht vertreten wird, dass es sich hier nicht um eine Willenserklärung handelt, werden gleichwohl fast durchgängig die Vorschriften über Willenserklärungen für anwendbar angesehen.[17]

Die wissenschaftliche Beweislast für diese Ansicht dürfte wohl auf Seite derjenigen sein, die diese aus dem Gesetz nicht zu rechtfertigende Analogie ziehen. Wir haben aber nirgends einen Versuch dazu gefunden, ja Biermann (S. 22) hält einen stringenten Beweis überhaupt nicht für möglich, meint aber gleichwohl, die Analogie dürfte zulässig sein.

Uns scheint die Anwendung der Vorschriften über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auf die Kundgebung höchst bedenklich. Ein Irrtum, eine Täuschung oder Drohung, die für die Vollmachts*erteilung* bestimmend gewesen ist, wird eine spätere *Mitteilung* in den allermeisten Fällen ebenso beeinflussen. Gerade dann aber, wenn die Vollmachtserteilung nichtig oder anfechtbar ist, macht sich für den Dritten der Wert der Mitteilung geltend. Sollte dieser nur für die, gewiss eine Ausnahme bildenden, Fälle gemünzt sein, dass sich der Dritte bei der Mitteilung nicht mehr unter dem Einfluss des Willensmangels befand? Dies nimmt konsequent Hupka (S. 164. 170) an, wir würden aber in diesem Falle in der Kundgebung überhaupt eine erneute *Erteilung* der Vertretungsmacht sehen. Ferner müsste man doch demjenigen, der in der irrigen Meinung, Vollmacht erteilt zu haben, die Kundgebung erliesse, eine Anfechtung wegen Irrtums in den meisten Fällen gönnen, es würde somit die selbständige Kraft der Kundgebung illusorisch gemacht![18]

---

17. Biermann S. 22, Hupka S. 164/5, Planck zu § 170, E. 2 Goldmann-Lilienthal I, S. 210, No. 23, Crome I, S. 320, Enneccerus-Lehmann I, S. 278, Neumann I, vor 170 E. 2, Kipp S. 117. Ferner W. Mommsen, S. 35/37. E. Leszynsky, S. 32.

18. Kipp S. 117 stellt die Kundmachung der Vollmacht zusammen mit der Anzeige von der Abtretung einer Forderung (BGB. 409) und

Einen weiteren durchschlagenden praktischen Grund verkündet Schlossmann,[19] der einzige, soweit uns bekannt, welcher der herrschenden Meinung Trutz bietet. Im Falle des Irrtums.

„stehen Irrtum des Dritten und Irrtum des Vertretenen sich gegenüber, und wenn auch der des Vertretenen unverschuldet ist, so besteht doch auf seiner Seite die Möglichkeit, von der wahren Sachlage sich Kenntnis zu verschaffen, im Durchschnitt in viel höherem Masse als für den Dritten, dem in der Regel jeder Einblick in das zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende Verhältnis versagt sein wird."

Daher soll Irrtum auf die Kundgebung einflusslos bleiben

„auf Grund ähnlicher Erwägungen, aus denen den Verkäufer einer fehlerhaften Sache die ädilizische Haftung auch trifft, wenn er selbst den Fehler nicht kannte: er konnte ihn jedenfalls leichter als der Käufer erfahren."

Aehnlich steht es auch bei der Drohung. Der tertius ignorans zahlt einem Inkassobevollmächtigten, der die Vollmachtsurkunde durch Drohung dem Vollmachtgeber abgepresst hat. Kann dieser die Kundgebung anfechten, so muss der Dritte noch einmal zahlen. Er hätte zwar seinen Glauben bei dem „Vollmachtgeber" gelassen, müsste ihn aber bei dem „Vertreter" suchen. Eine weitere Schwierigkeit würde sich hier daraus ergeben, dass der Anfechtungsberechtigte nach Aufhören der Zwangslage noch ein Jahr Musse hätte, die Anfechtung zu bewirken (BGB. 124). Rehbein (I S. 265) sieht dies für unsern Fall als unmöglich an — mit Recht! Läge hier aber eine wirkliche Anfechtung vor, wie sie im Innen-

---

von der Uebertragung des Eigentums an dem vermieteten Grundstück (BGB. 576). Alle diese Anzeigen seien wie Rechtsgeschäfte zu behandeln. Aber gerade ein Vergleich mit BGB. 409 und 576 lehrt, dass sich an die Anzeige von der Zession und Uebereignung die Rechtswirkungen z. B. auch dann unanfechtbar anknüpfen, wenn die Anzeige auf Irrtum beruht.

19. Stellvertretung II, S. 491/2.

verhältnis gewiss möglich ist, so wäre diese Ausnahme ganz unbegründet und kaum zu beweisen.

So gut wie die Kundgebung müsste dann gegebenen Falls auch die Erklärung von dem Erlöschen der Vollmacht (BGB. 170. 171 II) angefochten werden können. Die Anfechtung würde in diesem Falle ergeben, dass die Vertretungsmacht trotz gegenteiliger Kundgebung bestanden habe. Dies könnte dann zu den seltsamsten Konsequenzen führen.

Hat z. B. nach erfolgter Mitteilung von dem Erlöschen der Vollmacht (BGB. 170. 171 II) der Dritte mit dem, wie er annehmen musste, vollmachtlosen Vertreter kontrahiert, betrachtet sich dann aber nicht als gebunden, weil der von ihm zur Genehmigung aufgeforderte Geschäftsherr aus irgend einem Grunde (nicht dolos!) geschwiegen hat, so müsste eine etwaige Anfechtung jener Mitteilung die Wirkung haben, dass das mit dem Vertreter abgeschlossene Geschäft ex tunc giltig und bindend würde.

Keinerlei Differenz wird sich bei der Täuschung ergeben. Anfechtung der Kundgebung würde hier bei öffentlicher Bekanntmachung wohl nie, bei privater Kundgebung nur dann zulässig sein, wenn die Täuschung von dem Adressaten oder mit dessen Kollusion begangen war (BGB. 123). Dann wird aber dem Dritten auch die Anfechtbarkeit der Vertretungsbefugnis regelmässig bekannt sein und so ipso jure keine Vertretungsmacht zu standekommen (BGB. 173).[20] Entsprechendes wird bei der Simulation (BGB. 117, I) und bei der dem Gegner bekannten Mentalreservation (BGB. 116, 2) zu gelten haben.

Die theoretische Begründung[21] für die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften über Willensmängel sehen wir in der

---

20. Vgl. oben p. 26, unten p. 68 fg.

21. Schlossmanns Begründung: Die „künstliche Steigerung“ der Geständniswirkung um der „zu bannenden Schädlichkeiten“ willen, haben wir oben p. 23 zu widerlegen versucht.

Natur der Kundgebung als einer rein referierenden Erklärung, an die die konstitutive Wirkung erst vom Gesetz zum Schutz des guten Glaubens geknüpft wird.

Wo eine wesentliche Divergenz zwischen Willen und Erklärung stattgefunden hat (Simulation, Scherz, erkennbare Mentalreservation, Erklärungsirrtum, unrichtige Uebermittlung), oder wo das Erklärte nicht gewollt worden wäre, wäre nicht Wille (Drohung) oder Vorstellung (Geschäftsirrtum, Täuschung) getrübt, da ist die Anfechtung das Mittel, die Rechtswirkung, die man durch seine (aktuell oder potentiell) nicht gewollte Erklärung hervorgerufen hat, wieder zu vernichten. Ein pathologischer Wille erzeugt auch nur ein totgeborenes oder ein krankes Recht, von dem man nicht genau weiss, ob es am Leben bleiben oder sterben wird.

Die Kundgebung ist aber keine Willenserklärung. Die Vertretungsmacht tritt hier nicht ein, weil sie von dem Kundgebenden gewollt ist, sondern sie beruht auf dem Gesetz, dem öffentlichen Willen des Staates, der sich ein Ziel darin gesetzt hat, den guten Glauben zu schützen. Die Erklärung ist nur der Anlass, nicht die Ursache der Vertretungsmacht. Deshalb kann ihr Widerruf die entstandene Vertretungsmacht nicht ex tunc beseitigen. Für die Zukunft ist ihr freilich der Boden entzogen, in der Vergangenheit aber hat sie bestanden und ihre Früchte getrieben. Die Kundgebung tritt dem Dritten losgelöst von dem Willen des Erklärenden entgegen, die Vertretungsmacht wird ihm gegenüber begründet unabhängig von dem Willen des Erklärenden, deshalb kann der Nachweis des mangelnden Willens die einmal entstandene Vertretungsmacht nicht rückwirkend vernichten.

Eine Anfechtung der Vollmachts e r t e i l u n g ist dagegen möglich, allerdings — wenigstens mit ex tunc-Wirkung — nur, wenn sie durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden erfolgt ist. Ist sie durch Erklärung an den Dritten erfolgt, so muss dieser durch die Erklärung ebenso geschützt werden, wie durch die blosse Mitteilung. Ist sie dem Vertreter gegen-

über erfolgt und ausserdem nach aussen kundgegeben, so ist im Innenverhältnis eine Anfechtung, nach aussen nur ein Widerruf möglich.[22]

Als „besondere Mitteilung" im Sinne von BGB. 171 kann aber die Mitteilung des nur intern Bevollmächtigten an den Dritten beim Geschäftsabschluss nicht angesehen werden.[23] Ist dieser durch nichts weiter gedeckt, als durch die mündliche Versicherung des als Vertreter Auftretenden, so folgt er dessen fides und kann sich nur an ihn halten, wenn sich der Mangel, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Vertretungsmacht herausstellt.

Wenn aber auch die Kundgebung die Vertretungsmacht ohne Rücksicht auf den Willen des Kundgebenden hervorruft, so ist doch andererseits auch zu berücksichtigen, dass diese gesetzliche Vertretungsmacht nur deshalb begründet wird, weil für die erteilte Vollmacht eine lebhafte Vermutung spricht, die sich zur Fiktion verdichtet. Es müssen deshalb die von dem Willen unabhängigen Voraussetzungen der Vollmacht auch hier vorhanden sein. So ist Geschäftsfähigkeit des Prinzipals erforderlich,[24] es muss ferner die Kundgebung, dass die Vollmacht erteilt sei, von ihm ausgegangen sein. Wenn X. öffentlich verkünden lässt, A. habe den B. bevollmächtigt, so bewirkt das keine Vertretungsmacht für B., auch dann nicht, wenn die Kundgebung äusserlich von

---

22. Häufig wird auch zwar nicht eine Anfechtung der Vollmacht, wohl aber eine Anfechtung des von dem Bevollmächtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zulässig sein, wenn der Willensmangel — wie dies nicht selten der Fall ist — sich aus der Person des Prinzipals in die des Vertreters überträgt.

23. „Sonst würde neben dieser Ausnahme kein Gebiet für die Regel übrig bleiben" (Leonhard Allg, Teil S. 320).

24. Nach Schlossmann (II, S. 484) soll richterliches Ermessen im Einzelfall entscheiden, inwieweit auf das „Geständnis" eines nicht voll Geschäftsfähigen Wert zu legen sei. (?)

A ausgegangen zu sein schien. Ebensowenig hat B. Vertretungsmacht, wenn er eine von ihm selbst ausgestellte Vollmachtsurkunde vorlegt.

Aus diesem Gesichtspunkt ist u. E. auch der vom Reichsoberhandelsgericht (XXIII Nr. 93) entschiedene Fall zu beurteilen: Der Direktor einer Handelsgesellschaft will den N. zum Prokuristen für sein *eigenes* Geschäft bestellen, die Registerbehörde trägt ihn aber versehentlich als Prokuristen der Handelsgesellschaft ein.[25] Das ROHG. entscheidet mit Recht, dass die Handelsgesellschaft aus Akzepten, die N. unter *ihrer* Firma gegeben hat, nicht verpflichtet wird. Während wir aber diese Entscheidung damit begründen würden, dass die Anmeldung und damit die Bekanntmachung der Prokura nicht von der Handelsgesellschaft ausgegangen ist, was zu ihrer Wirkung für und gegen diese unbedingt erforderlich wäre, gibt das ROHG. als Grund an, dass die Publizitätswirkung nur Eintragungen zukäme, die der vorhandenen Erklärung entsprächen. Aber in der unmittelbar vorhergehenden Entscheidung (XXIII Nr. 92) erklärt das ROHG. Kommanditisten für persönlich haftbar, wenn versehentlich die Kommanditgesellschaft als offene Handelsgesellschaft eingetragen war. Wie verträgt sich diese zweifellos richtige Entscheidung mit der Begründung der obigen? Das ROHG. argumentiert, im Falle Nr. 93 handele es sich um die *Begründung* einer Vertretung, im anderen um die *Ausschliessung* einer gesetzlich „präsumierten"[26] Haftung. Warum aber die Publizitätswirkung nur bei der Ausschliessung, nicht auch bei der Begründung der Haftung vorhanden sein soll, bleibt hier verborgen.[27]

---

25. Es ist hierbei zu beachten, dass die Eintragung der Prokura ins Handelsregister und ihre Veröffentlichung genau der öffentlichen Bekanntmachung v. BGB. 171, I, entspricht, vgl. hierüber Hupka S. 165.

26. Man hat dabei wohl an HGB. 176, I, zu denken.

27. Ebenso bei Hupka, der sich (S. 166, No. 1) dieser Argumentation anschliesst.

§ 3.

b) Sonstige Fälle der gesetzlichen Vollmacht.

Solche auf Gesetz beruhende Vertretungsmacht, die in ihrem Wesen der Vollmacht gleichsteht, und die an Tatsachen und Rechtsverhältnisse angeknüpft ist, die man gemeinhin als Merkmale einer erteilten Vollmacht ansieht, die aber Kraft der ex-lege-Wirkung auch dann vorhanden ist, wenn im konkreten Falle die Vertretung ohne, ja selbst gegen den Willen des Vertretenen erfolgt, finden wir auch sonst noch in unserem Reichsrecht.

I. 1. Ist das der Vollmacht zu Grunde liegende Kausalverhältnis ein Auftrag (BGB. 674), ein Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (BGB. 675), oder ein Gesellschaftsvertrag (BGB. 729), so gilt zu Gunsten des Bevollmächtigten die Vertretungsmacht mit dem Kausalverhältnis dann als fortbestehend, wenn das Kausalverhältnis in anderer Weise als durch Widerruf,[1] z. B. durch Tod oder Konkurs (KO. 23) des Vollmachtgebers erloschen ist, bis der Bevollmächtigte das Erlöschen kennt oder kennen muss. Hier können wir nicht mehr davon sprechen, dass eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht vorliegt. Denn durch Rechtsgeschäft wird die Vertretungsmacht ja nur für die Dauer des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses geschaffen (vgl. BGB. 168, 1). Wenn es heisst (BGB. 169): Die erloschene Vollmacht gilt als fortbestehend, so ist das eine Fiktion. Eine Vollmacht ist in Wirklichkeit nicht mehr vorhanden (sie ist „erloschen"!), aber das Gesetz schafft eine Vertretungsmacht, die in ihrer Wirkung der erteilten Vollmacht gleichsteht.

1. Ob auch, wenn es durch Widerruf erlischt, den der Bevollmächtigte schuldlos nicht erfährt? Wir werden wohl mit den Motiven (II, S. 554, 624), Cosack I, S. 236, Zitelmann Rechtsgesch. I, S. 105, verneinen müssen („Empfangstheorie"), a. M. Schlossmann (II, S. 554-55): Billigkeit, ratio legis und Analogie des römischen Rechts (l. 17 § 1 und l. 65 § 8, D. 17, 2), zweifelnd Windscheid-Kipp II, S. 753.

Auf die Vertretungsmacht kann sich hier der Dritte nicht berufen, der bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen des rechtsgeschäftlichen Vertretungsverhältnisses kennt oder kennen muss[2] (BGB. 169).

Besonders gilt im Falle des Konkurses. Eine in Verbindung mit einem Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag erteilte Vollmacht bleibt auch nach der Konkurseröffnung[3] unter den Voraussetzungen des § 674 bestehen. Die Vertretungsmacht kann sich hier aber nur insoweit betätigen, als sie das nicht zur Konkursmasse gehörige, freie Vermögen des Gemeinschuldners begreift (vgl. KO. 23). Im übrigen kann der Vertreter nach Konkurseröffnung so wenig mit Rechtswirkung handeln, wie sein Prinzipal (KO. 7). Infolgedessen bleibt eine Rechtshandlung, die der Vertreter nach Konkurseröffnung vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, auch wenn die Vertretungsmacht deshalb fortbesteht, weil der Vertreter nichts von der Konkurseröffnung weiss. Doch hat das Bestehen der Vertretungsmacht für den Vertreter die günstige Wirkung, dass er nicht als falsus procurator haftbar gemacht werden kann.[4]

2. Erlischt ein Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag durch den Tod, oder die Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsherrn — was im Zweifel nicht gilt (BGB. 672. 675) — oder durch den Tod des gerens — was im Zweifel gilt (BGB. 673. 675) —, so ist bei Gefahr im Verzuge der gerens bezw. sein Erbe berechtigt und verpflichtet, die Geschäftsbesorgung fortzu-

---

2. Vgl. unten p. 68, N 27.

3. Der Konkurseröffnung gleich steht in dieser Beziehung ein vom Gericht an den Schuldner nach KO. 106, I, einstweilig erlassenes allgemeines Veräusserungsverbot, aber auch ein sonstiges Veräusserungsverbot (Vgl. CPO. 938, BGB. 135, 136), sofern es sich auf einen Gegenstand richtet, dessen Veräusserung in der Vollmacht enthalten ist.

4. Vgl. Rehbein I, S. 276/77. Hellwig in der Zeitschrift für Zivilprozess Band 29, S. 534, gegen Hupka (S. 389/90), der diese praktische Bedeutung des Fortbestandes der Vertretungsmacht übersieht.

setzen, bis anderweitig Fürsorge getroffen werden kann. In soweit gilt das Vertragsverhältnis ex lege als fortbestehend. Natürlich besteht auch die Vollmacht fort, die etwa mit dem Rechtsverhältnis verknüpft war, so dass wir hier einen weiteren Fall der „gesetzlichen Vollmacht" hätten.

II. 1. „Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten" (BGB. 1357 I 1). Dies Recht der Frau, ihre sog. „Schlüsselgewalt" umfasst ein Doppeltes:

a) das Recht der Frau, gewisse Geschäfte für ihren Mann zu führen.

b) Das Recht der Frau, ihren Mann in gewisser Hinsicht zu vertreten.

Im Gegensatz zu der allgemeinen Regel des § 164 II wirken Rechtsgeschäfte, die die Frau innerhalb ihrer Schlüsselgewalt vornimmt, auch dann für und gegen den Mann, wenn sie sich überhaupt nicht als Vertreterin, ja nicht einmal als Ehefrau kundgegeben hat, sofern nur nicht positiv „aus den Umständen sich ein Anderes[5] ergibt" (BGB. 1357 I, 2).

Diese Vertretungsmacht der Frau wird vielfach als „gesetzliche Vertretung" bezeichnet.[6] Wir müssen aber einsehen, dass unser Begriff der „gesetzlichen Vertretung" auf die Vertretungsmacht der Ehefrau unanwendbar ist. Der Ehemann ist nicht etwa für die Handlungen, die in das Gebiet der Schlüsselgewalt fallen, geschäftsunfähig. Wie der Vollmachtgeber stets neben dem Bevollmächtigten handeln kann, auch ohne diesem die Vollmacht zu entziehen,

---

5. Dieses „Andere" kann sein, dass die Frau erklärt, im eigenen Namen zu handeln, aber auch: zugleich im eigenen Namen und in dem ihres Mannes oder schliesslich: im Namen eines Dritten.

6. Rosenfeld S. 17, Stern S. 61, Zitelmann S. 120, Cosack II § 290 III, 1, Neumann I S. 158. Wieruszowski I S. 38. 48, Engelmann S. 664.

so steht es dem Ehemann frei, Handlungen, die üblicherweise in das Gebiet der Schlüsselgewalt fallen, selbst vorzunehmen, ohne dass damit eine Beschränkung der Schlüsselgewalt verbunden zu sein brauchte.[7] Die Ehefrau handelt nur mit derselben Wirkung für ihn, als wenn er sie bevollmächtigt hätte.

Wir brauchen keinen Anstand zu nehmen, diese Vertretungsmacht als auf einer gesetzlich fingierten Vollmacht beruhend anzusehen. Wer nach deutschem bürgerlichen Recht eine Ehe eingeht, der räumt damit seiner Ehefrau alle Befugnisse ein, die das deutsche Recht an die Ehe als solche knüpft. Die Frau wird Leiterin des gemeinschaftlichen Hauswesens (BGB. 1356, I), ohne dass dies besonders ausgemacht wird. Sie erlangt das Recht, in ihrem häuslichen Wirkungskreis den Mann zu vertreten, ohne dass erst eine förmliche Vollmachtserteilung erfolgt. Es ist, als ob der Ehemann durch die Eheschliessung öffentlich und feierlich kundgeben (vgl. BGB. 171) wollte: Diese Frau setze ich an die Spitze meines Hauswesens und gebe ihr Vollmacht zu allem, was in ihren häuslichen Wirkungskreis fällt.[8]

Im einzelnen Falle mag der Mann dann allerdings der Frau die Befugnis zur Vertretung entzogen haben. Gleichwohl handelt sie Dritten gegenüber giltig in seinem Namen, sofern nur die Beschränkung nicht in das Güterrechtsregister

---

7. Kündigt der Mann den weiblichen Dienstboten, so liegt darin keine Beschränkung der Schlüsselgewalt der Frau. So entscheidet OLG. Dresden cit. im „Recht" 1901 S. 466. Unrichtig scheint uns das Beispiel Cosacks (II S. 495): „Ein Ehemann mietet eine Magd, der die Frau soeben aus triftigen Gründen gekündigt hat, von neuem. Dies braucht sich die Frau nicht gefallen zu lassen."

U. E. mus sie es sich gefallen lassen. Eine Beschränkung der Schlüsselgewalt, die möglicherweise unzulässig wäre, würde erst darin liegen, wenn der Mann ihr zu kündigen untersagte, nicht aber schon darin, dass er selbst kündigt oder mietet.

8. Nicht mit Unrecht verweisen die Protok. (IV. S. 5077) auf die Analogie der Prokura.

eingetragen oder dem Dritten bekannt war (BGB. 1357 II). Aber auch soweit die Frau den Mann gegen seinen Willen vertritt, ist ihre Stellung derjenigen gleich, welche sie als Bevollmächtigte haben würde. Sie gilt kraft Gesetzes als Bevollmächtigte ihres Mannes.[9]

Die französische Wissenschaft und Praxis sieht einmütig die in Frankreich gewohnheitsrechtlich in Anlehnung an c. c. art. 1420 anerkannte Schlüsselgewalt als eine stillschweigende Vollmacht, „mandat tacite," an.[10]

Auch das gemeine Recht in Deutschland hat wohl diesen Standpunkt eingenommen. Man musste ja von romanistischer Seite wohl oder übel auf ein stillschweigendes Mandat herauskommen: „Maritus ob praesumtum consensum non potest non rata habere quae ab uxore rei domesticae gratia sunt gesta."[11]

Gegen diese Mandatstheorie wenden sich heute die Germanisten mit Entschiedenheit. Ihr Hauptargument ist: Die Vertretungsmacht der Frau besteht selbständig kraft objektiven Rechtssatzes.[12] Nicht der Wille des Mannes ermächtigt die Frau, in seinem Namen die in das Gebiet der Schlüsselgewalt fallenden Geschäfte abzuschliessen, und nur dann könnte man von einem Mandat reden.

Dieser Gegensatz ist sehr wesentlich für das innere Ge-

---

9. Schröder, S. 24, nennt die Schlüsselgewalt der Frau „ihre Vollmacht zur Vertretung des Mannes", die „der Willkür des Mannes entzogen" ist. Dies entspricht genau unserer „gesetzlichen Vollmacht."

10. Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts III 8. Aufl. 1895 S. 88 u. 249. Code civile annoté par Fuzier — Hermann III, 1896, a. 1420 N. 2, Code civil annoté par Sirey et Gilbert III 4 ed. 1901 a. 1420.

Weitere Zitate aus der französischen Rechtsliteratur bei Ostern S. 22, Rosenfeld S. 13 und Stern S. 14.

11. Kind Quaestiones forenses, 1807, III S. 469 cit. bei Rosenfeld S. 11 und Stern S. 13.

12. Vgl. Stobbe, Handbuch IV S. 180.

schäftsführungsverhältnis.[13] Gewiss ist es ganz etwas anderes, ob man hier annimmt, die Frau handele im Auftrag des Mannes oder kraft einer besonderen gesetzlichen Befugnis. Das Geschäftsführungsverhältnis, kraft dessen die Frau in ihrem häuslichen Wirkungskreise die Geschäfte des Mannes besorgt, ist unendlich empfindlicher, weniger schablonenhaft, individuellen Beziehungen weit mehr ausgesetzt und deshalb unter allgemeine Rechtssätze viel schwerer zu bringen, als das nüchterne Auftragsverhältnis. Mit Recht hat deshalb das BGB. die Bestimmung des § 1278 II des ersten Entwurfes ausgemerzt, nach der die Vorschriften über den Auftrag entsprechende Anwendung finden sollen.[14] Und deshalb scheinen uns auch die Ausführungen Plancks,[15] denen zufolge gleichwohl die Vorschriften über Vorschuss, Auskunftserteilung, Rechnungslegung etc. anwendbar sein sollen, sehr cum grano salis genommen werden zu müssen. Die „rechte eheliche Gesinnung" muss wohl auch hier der Massstab sein, mit dem allein die gegenseitigen Rechte und Pflichten gemessen werden dürfen, und wenn die diligentia-Pflicht milder ist als die des Beauftragten (vgl. BGB. 1359), so korrespondiert dem wohl[16] auch eine Herabspannung der gegenseitigen Rechte und Pflichten vielleicht bis unter die Grenzen des objektiven Rechts überhaupt zu dem, was durch Anstand und Sitte geboten ist.

Wenn aber auch das Geschäftsführungsverhältnis, in dem.

---

13. Ueber den Unterschied zwischen dem Geschäftsführungsverhältnis und dem (formalen) Vertretungsverhältnis vgl. unten § 5. I.

14. Allerdings nur, weil die II Kommission der Ansicht war (Prot IV, S. 5076), dass sich die Anwendung der betreffenden Vorschriften im Wege der Analogie, „soweit sie zutreffend sein würde" (was also doch wohl zweifelhaft erschien!), auch ohne dies ergeben würde.

15. Zu 1357 E. I. Ihm schliessen sich die Monographien von Ostern (S. 44. 45), Rosenfeld (S. 18), Stern (S. 83, 85) an, aber auch Dernburg IV, S. 107, Wieruszowski I, S. 44. 45.

16. Anders bei der Gesellschaft (BGB. 713). Doch vergleiche auch dort BGB. 721.

die Frau zum Manne steht, sicher nicht das gewöhnliche Auftragsverhältnis, Mandat, ist, sondern ein auf die gesetzliche Befugnis der Frau gestütztes Geschäftsführungsverhältnis sui generis, so ist damit noch nicht gesagt, dass sie nicht nach aussen hin die Stellung einer Bevollmächtigten hätte.[17]

Dass die Frau ein Recht auf die Vertretung hat, steht dem nicht im Wege: Ein Recht auf die Vertretungsmacht ist auch bei der Vollmacht etwa kraft einer obligatorischen Beziehung zwischen Vertreter und Vertretenem möglich, z. B. wenn der Hypothekengläubiger bevollmächtigt wird, den Miet- oder Pachtzins des verpfändeten Grundstücks zu erheben und sich daraus wegen der ihm gebührenden Zinsen zu befriedigen.[18]

Das Recht der Frau besteht auch nicht absolut — dies würde den Mann in eine unerträgliche Abhängigkeit von der Willkür seiner Frau bringen. Das Wort Kohlers:[19] „Wer nicht in der Lage wäre, die einem andern anvertraute Vollmacht zurückzurufen, der würde zum Knecht und Sklaven" gilt ganz besonders auch für die Schlüsselgewalt. Der Mann kann diese jederzeit durch Eintragung in das Güterrechtsregister beschränken und sogar aufheben.[20] Freilich kann

---

17. Stern (S. 15, N. 1) irrt demnach, wenn er meint, die Lehre von der Schlüsselgewalt als Mandat und der Schlüsselgewalt als Vollmacht auf einmal abtun zu können, wenn auch allerdings gemeinrechtlich die Ausdrücke promiscue gebraucht wurden. Gleichartig verfahren im übrigen Rosenfeld (S. 11 bis 16) und Ostern (S. 23).

18. Vgl. Denkschrift S. 617, Prot. II, S. 298. Unrichtig scheint das Beispiel Hellmanns (S. 104): „Vollmacht zur Beitreibung gegen Provision." Der Bevollmächtigte hat hier wohl nur einen Anspruch auf die Vergütung (BGB. 631), nicht aber auf die Ausführung.

19. Encyclopädie I, S. 599.

20. Nach erfolgter Eintragung können sich Dritte nicht darauf berufen, dass diese nur zum Scheine erfolgt und die Vertretungsmacht in Wirklichkeit nicht entzogen, insbesondere etwa die Entziehung der Frau gegenüber nicht erklärt sei. Dem wiederspricht BGB. 1357, II, 3, 1435

das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Frau diese Eintragung, wenn sie ungerechtfertigt erscheint, löschen lassen, es kann aber auch ihre sofortige Erneuerung durch den Mann nicht verhindern.[21] So bleibt hier dem Ermessen des Mannes ein noch grösserer Spielraum überlassen als dem Prinzipal bei der Prokura. Diese kann nur ganz aufgehoben, niemals aber mit Wirkung nach aussen beschränkt werden (HGB. 50 I), die Schlüsselgewalt kann der Mann nach Gutdünken auch beschränken, doch muss er es sich gefallen lassen, dass ihm das Gericht in den Arm fällt, wenn er „die rechte eheliche Gesinnung" dabei vergessen hat.

Abgesehen von der Entziehung durch den Mann erlischt die Schlüsselgewalt natürlich durch die Auflösung der Ehe, auch durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Aber auch die eheverlassene Frau hat u. E. keine Schlüsselgewalt mehr.[22] Denn diese ist nicht an das formelle Bestehen der Ehe geknüpft (daher auch bei nichtiger und anfechtbarer Ehe gegeben, anders bei Nicht-Ehe), sondern an die Stellung der Frau als Leiterin des ehelichen Haushalts. Diese Stellung verliert sie aber, wenn der Mann sie in der Absicht, das eheliche Beisammensein für immer aufzuheben, verlässt. Den Dritten, der von der Entfernung des Mannes weiss, kann dann die Ehefrau unmöglich auf ihren Mann verweisen, ihm

---

und die Analogie von BGB. 171, II. A. M. unbegründet Wieruszowski I, S. 48 No. 45 und S. 52. Führt aber die Frau die Geschäfte tatsächlich weiter und lässt der Mann dies zu, so liegt eine erneute, stillschweigend erteilte Vollmacht vor.

21. So Planck zu 1357, E. 5. A. M. Dernburg IV, S. 109, N. 17.

22. Zustimmend Dernburg IV, S. 107, Enneccerus-Lehmann II, S. 436, Stobbe IV, S. 191, Stern S. 66, OLG. Hamburg v. 1. 4. 01, zit. im „Recht" 1901 S. 311, LG. Altona v. 1. 4. 03, zit. bei Scherer. Das Vierte Jahr des BGB. S. 402, A. M. in Anlehnung an die Motive I, S. 118, Ostern S. 20, Rosenfeld S. 84; Dreyer im „Recht" 1901 S. 307, gegen eine Entscheidung des LG. Görlitz. Nach ihm ist Grundlage der Schlüsselgewalt die Ehe, nicht die Führung des gemeinsamen Haushalts.

gegenüber ist eine Vertretungsmacht gewiss nicht mehr vorhanden. Die Motive halten es für bedenklich, hier der Ehefrau das Recht allgemein zu versagen. Wollte man es ihr aber auch nur dem arglosen Dritten gegenüber gewähren, so wäre dieser sehr übel daran. Er würde mit der Ehefrau kontrahieren, ohne dass diese dadurch verpflichtet würde, trotzdem sie vielleicht weiss, dass ihr Mann nie daran denkt, zurückzukehren. Der ratio des § 1357 entspricht es aber, dass der gutgläubige Dritte nicht schlechter stehen darf, als der wissende. Es folgt daraus per argumentum a majori ad minus, dass auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber die Vertretungsmacht der Frau durch die Entfernung des Mannes erlischt. Die Frau selbst wird dadurch nicht benachteiligt. Ihr bleibt der Anspruch gegen ihren Mann auf Ersatz ihres Unterhalts erhalten, den dieser ihr nach BGB. 1360 I zu gewähren verpflichtet ist. Dies aber nach aussen hin wirken zu lassen, wäre ganz ungerechtfertigt. Der Gedanke, dass die verlassene Ehefrau ihre Lieferanten, Schlächter, Bäcker etc. an ihren entlaufenen Gatten verweisen könnte, erscheint unmöglich.

Nicht anders kann es aber stehen, wenn die Ehegatten in beiderseitigem Einverständnis die häusliche Gemeinschaft lösen und getrennt leben. Auch dann fällt die Grundlage der Vertretungsmacht der Frau, ihre, wenn die römische Ausdrucksweise gestattet ist, präpositio. Hiermit muss aber auch die Vertretungsmacht selbst in sich zusammenfallen.

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Mannes steht dagegen einem Fortbestand der Schlüsselgewalt nicht im Wege. Das häusliche Tätigkeitsfeld der Frau besteht darum doch weiter,[23] und sie wird nach wie vor auf diesem Gebiete ihren Mann vertreten. Das Recht einer etwaigen Beschränkung oder Entziehung wird dann von dessen gesetzlichem Vertreter aus-

23. Vgl. auch BGB. 672, 1.

geübt.[24] Die gegenteilige Ansicht stützt sich darauf, dass das Recht des Mannes auf seiner Stellung als Herr des Hauses beruhe, in die der gesetzliche Vertreter nicht einrückt. Wir halten das Recht zum Widerruf oder zur Einschränkung der gesetzlichen Vollmacht der Frau, welches doch eine wesentlich vermögensrechtliche Wirkung hat, nicht für so höchst persönlich, dass es nicht durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden könnte. Es spricht für uns das Schweigen des Gesetzes, das die Ausnahmen vom Vertretungsprinzip hervorzuheben pflegt.[25] Nach jener Annahme würde ferner im Falle der Entmündigung des Mannes die Frau leicht eine souveraine Stellung über das Vermögen ihres Mannes erhalten, dessen Verpflichtungen sie — etwa durch Anschaffungen, Toiletten, Juwelen, Möbel — nach Belieben zu vermehren imstande wäre, ohne dass ihr darin jemals ein „Halt" geboten werden könnte. So gut wie jede andere Vollmacht muss deshalb der gesetzliche Vertreter auch diese widerrufen können,[26] ja wir dürfen wohl annehmen, dass für einen abwesenden Ehegatten, dessen Frau in seiner Abwesenheit verschwenderisch zu wirtschaften anfängt und sein Vermögen in Gefahr bringt, eigens zum Zwecke der Aufhebung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt ein Abwesenheitspfleger nach BGB. 1911, I, 2 bestellt werden kann.

2. Noch in einem Falle ist die Ehefrau zur Vertretung ihres Mannes kraft Gesetzes ermächtigt. Leben nämlich die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft,[27] und ist der

---

24. A. M. Ostern S. 66, Rosenfeld S. 88. Zustimmend Planck 1357, E. 5, Dernburg IV, S. 109, Matthias II, S. 52, Stern S. 78, Wieruszowski I, S. 47, N. 40.

25. Vgl. nur den benachbarten § 1358, III, 1.

26. Natürlich hat die Frau dagegen dieselben Mittel wie gegen eine Beschränkung durch den Mann.

27. Entsprechend Errungenschaftsgemeinschaft BGB. 1519, II, und Fahrnisgemeinschaft BGB. 1549.

Mann krank oder abwesend, so kann die Frau eine Rechtshandlung oder einen Rechtsstreit hinsichtlich des Gesamtgutes in Notfällen nach Wahl im eigenen Namen oder im Namen des Mannes vornehmen (BGB. 1450). Handelt die Frau im eigenen Namen, so verfügt sie über das ihr und ihrem Mann zur gesamten Hand zustehende Gut kraft eines gesetzlichen Verfügungsrechts. Es wird aber der Mann persönlich nicht verpflichtet, während sie selbst persönlich für die Erfüllung einer so kontrahierten Schuld einsteht.[28]

Hier verfügt zwar die Frau über ein Gut, dessen Verwaltung eigentlich dem Manne zusteht. Sie handelt aber im eigenen Namen und nicht als Vertreter.

Es gibt aber BGB. 1450 der Frau auch die Möglichkeit, in bestimmten Notfällen im Namen des Mannes zu handeln. Dies muss die Frau dann, der Regel von BGB. 164 II folgend, zu erkennen geben, die abweichende Fiktion von BGB. 1357 I, 2, gilt hier nicht für sie. Handelt sie im Namen des Mannes, so verpflichtet sie neben dem Gesamtgut auch den Mann persönlich,[29] nicht aber sich selbst. Ihre Vertretungsmacht umfasst hier auch (anders als bei der Schlüsselgewalt!) die Möglichkeit, einen Rechtsstreit im Namen des Mannes zu führen. Sie gilt dann als seine Prozessbevollmächtigte, ohne dass sie eine weitere Prozessvollmacht nachzuweisen brauchte. Es muss genügen, wenn sie beweist, dass die Voraussetzungen von BGB. 1450 vorhanden sind.

Auch hier wird der Ehemann dadurch, dass er krank oder abwesend ist, nicht geschäftsunfähig. Er kann jederzeit in die Vertretungshandlungen der Frau eingreifen.[30] Es ent-

28. Dem entspricht für das Eingebrachte Gut beim gesetzlichen Güterstand 1401, ein gesetzliches Verfügungsrecht der Frau enthält ferner BGB. 1449.

29. Fischer-Henle 1450, E. 3 scheint dies nicht anzuerkennen.

30. Anders, aber nur für den Prozess, wenn die Ehefrau beim Vorliegen der gleichen Voraussetzungen zum Pfleger ihres kranken oder abwesenden Ehegatten (BGB. 1910, 1911) bestellt ist, vgl. unten p. 50,

spricht aber einer natürlichen Vermutung, wenn das Gesetz die Wahrscheinlichkeit, dass der Ehemann zur Wahrung einer Gesamtgutsangelegenheit, wenn er dazu im stande wäre, seine Frau bevollmächtigen würde, zum Prinzip verdichtet und der Frau die Stellung einer Bevollmächtigten erteilt.

III. Niemals besteht dagegen eine auf Gesetz beruhende Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann.

Freilich wird in der Literatur vielfach der Ehemann als Verwalter des eingebrachten Guts beim gesetzlichen Güterstand als Vertreter der Ehefrau angesehen.[31] Hierbei ist meist die Erwägung entscheidend, dass nach BGB. 1381, 1382 Rechtshandlungen des Mannes Wirksamkeit für die Frau haben. Aber nicht jede Rechtshandlung, durch die ein anderer, als derjenige, der sie vornimmt, unmittelbar Rechte oder Pflichten erwirbt, kann als eine Vertretungshandlung angesehen werden.[32]

Die Verfügung des Nichtberechtigten z. B. hat nach BGB. 185 I Wirksamkeit gegen den Berechtigten, wenn sie mit dessen Einwilligung geschah. Als Vertreter des Berechtigten handelt aber der Nichtberechtigte nur, wenn er diese Verfügung auch im Namen des Berechtigten vornimmt. Wer im eigenen Namen, wenn auch über fremdes Gut, eine Verfügung trifft, ist den Rückschlägen ausgesetzt, die sich aus dem zu grunde liegenden obligatorischen Geschäft ergeben. Gegen ihn ist z. B. eine Mängelklage aus dem Kaufvertrage zu richten, nicht gegen denjenigen, dem die Kaufsache gehörte, und in dessen Vermögen vielleicht auch der Kaufpreis geflossen ist.

---

31. Enneccerus-Lehmann I, 1 S. 221. Dernburg I, S. 473, der aber schon IV, S. 105, anerkennt, dass ein Vertretungsrecht des Ehemannes auch in Notfällen nicht besteht.

Engelmann S. 123, 677, Neumann I, S. 158, auch Feder S. 25, dagegen z. B. Cosack II, S. 491, vgl. auch Motive IV, S. 120, zweifelnd Rümelin S. 195/196.

32. Biermann S. 3—5, Hellwig Rechtskraft § 13 II, 1.

Ein solcher Verfüger über fremdes Gut ist auch der Ehemann als Verwalter des Eingebrachten. Er verfügt nur über das Frauengut, und kraft des für diesen Fall im BGB. 1381/82 billigerweise festgesetzten Surrogationsprinzips geht das empfangene Entgelt in jenes über, eine persönliche Verpflichtung der Frau — und dies allein kann entscheiden — ist er aber niemals zu begründen im stande,[33] wenn ihm nicht die Frau Vollmacht dazu erteilt hat.[34]

Biermann (S. 11) deutet an, es dürfte vielleicht aus BGB. 1375 per argumentum e contrario entnommen werden, dass das Verwaltungsrecht des Mannes die Befugnis umfasse, die Frau aus Rechtsgeschäften zu berechtigen.

Wir können nicht recht einsehen, wie dies möglich sein soll.

Nimmt der Mann ein oneroses Rechtsgeschäft für das eingebrachte Gut vor, so kann er zwar, wenn die Voraussetzungen von BGB. 1376 vorhanden sind, mit Mitteln des eingebrachten Guts erfüllen, verpflichtet wird aber nur er persönlich; wenn er im Vertrag ausbedingt, dass die Frau daraus berechtigt wird, so kann dies entweder eine überflüssige, weil durch BGB. 1381/82 ipso iure eintretende Klausel sein oder ein Vertrag zu gunsten eines Dritten. Die Frau wird deshalb auch dann berechtigt, wenn das Rechtsgeschäft nicht in ihrem Namen geschlossen ist.[35]

Die Vornahme eines lukrativen Rechtsgeschäfts für die Frau fällt aber überhaupt nicht in die Verwaltungsbefugnis des Mannes. Die Gründe, die den einzelnen bestimmen, eine Schenkung anzunehmen oder auszuschlagen, sind so rein persönlich und subtil, dass das BGB. mit wohlerwogenem Takt die Bestimmungen des code civil 217, 219 und 934, nach denen Ehefrauen Schenkungen nur mit Ge-

33. So schon Motive IV, S. 120.
34. Vgl. Dernburg IV, S. 105, Hellwig Lehrb. S. 322, N. 20.
35. A. M. Planck zu 1381.

nehmigung ihres Mannes, die durch das Gericht ersetzt werden kann, annehmen dürfen, vermieden hat, was nicht nur für die ausdrücklich im Gesetz erwähnte Ausschlagung (BGB. 1406 Z. 2), sondern auch unbedenklich für die Annahme gilt.[36] Umsoweniger werden wir aber zugestehen dürfen, dass der Mann in Vertretung der Frau Schenkungen annehmen darf, auch wenn diese in das eingebrachte Gut fliessen sollen, was im Zweifel der Fall ist (vgl. BGB. 1369). Dies würde nicht nur weit über eine Verwaltungsbefugnis hinausgehen, die ja ihrer Natur nach nur das vorhandene Frauengut und etwaige wirtschaftliche Aequivalente dafür ergreifen kann, sondern dem Mann auch eine Stellung geben, die viel zu souverain wäre, als dass wir sie mit dem Prinzip des BGB. vereinigen könnten, das ja im Manne keinen „Mundwalt" der Frau sieht.

Eine passive Vertreterstellung des Mannes erblickt Biermann (a. a. O.) im Falle BGB. 1403 I, wo bestimmt ist, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches sich auf das eingebrachte Gut bezieht, dem Manne gegenüber vorzunehmen ist. Da der Mann aber für das Eingebrachte im eigenen Namen handelt, so wird auch eine ihm gegenüber vorgenommene, auf jenes Gut bezügliche Willenserklärung an ihn als an den unmittelbar zuständigen, nicht aber als an einen Vertreter gerichtet.[37]

2. Ebensowenig handelt der Mann als Verwalter des Gesamtguts im Namen der Frau.[38]

Auch hier verfügt und prozessiert er im eigenen Namen über das den Ehegatten zur gesamten Hand zustehende Gut, und BGB. 1443 erklärt ausdrücklich, dass die Frau persönlich dadurch nicht verpflichtet wird. Er handelt demgemäss auch

---

36. Vgl. Schröder S. 25 No. 1, Planck 1406 E. 7.

37. Zustimmend Cosack II S. 491, Rümelin S. 160.

38. Vgl. Hellwig, Lehrb. S. 325, zustimmend hier auch Biermann S. 11 No. 3. Dernburg, Enneccerus-Lehmann, Feder wie für das eingebrachte Gut, vgl. oben p. 45 No. 31.

nicht teilweise in eigenem, teilweise in fremdem Namen, wie ein vertretungsberechtigter Gesellschafter, und ebensowenig vertritt er das Gesamtgut, das ja kein selbständiges Sondervermögen darstellt, welches als solches klagen und verklagt werden könnte.[39]

IV. 1. Ein Vertreter und nicht nur ein blosser Verfüger ist dagegen der Ueberbringer einer Quittung, der nach BGB. 370 dem gutgläubigen Dritten gegenüber ermächtigt ist, die Leistung in Empfang zu nehmen.[40]

Biermann (S. 5) leugnet dies mit der Begründung, der Ueberbringer könne auch im eigenen Namen handeln, etwa mit der Erklärung, die Forderung sei ihm abgetreten. Dies erscheint uns unzutreffend. Würde der Schuldner von der Zession nichts wissen, so würde die blosse Vorlegung der Quittung nicht dem in BGB. 410 aufgestellten Erfordernis der Aushändigung einer Abtretungsurkunde genügen, der Zessionar wäre also als solcher nicht ausreichend legitimiert. Andererseits muss sogar, wenn die Zession gültig und mit Verbindlichkeit für den Schuldner erfolgt ist, die Wirksamkeit der von dem Zedenten ausgestellten Quittung erlöschen.[41] Der Schuldner zahlt vielmehr an den Ueberbringer der Quittung nicht, weil er diesen als den Verfügungsberechtigten anzusehen hätte — der dann übrigens nur in einer Art, nämlich durch Einziehung, nicht z. B. durch Erlass oder Annahme an Zahlungsstatt über die Forderung verfügen dürfte —, sondern er zahlt an ihn, weil er weiss, dass er als hinter ihm stehend denjenigen betrachten darf, als dessen Vertreter er von Gesetzeswegen gilt.

---

39. Hellwig a. a. O.

40. Ebenso Planck zu 370, Endemann I § 80 No. 16, Cosack I § 67 I 4, Hupka S. 125, Isay S. 232, Schollmeyer zu BGB. 370 und Staudinger I S. 472. Zweifelhaft Zitelmann, Allg. Teil S. 122.

41. Vgl. Hupka a. a. O. Daher ist der Quittungsüberbringer als solcher niemals legitimiert, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen. A. M. ausser Biermann auch Cosack a. a. O.

Für die Vertretungsmacht des Quittungsüberbringers ist, so wenig wie für die Vertretungsmacht desjenigen, der eine Vollmachtsurkunde vorlegt, erforderlich, dass er in einem rechtsgeschäftlich begründeten Verhältnis zu dem Gläubiger steht,[42] er kann auch die Quittung gestohlen haben oder sonst wider Wissen und Willen des Prinzipals in ihren Besitz gelangt sein.[43] Erforderlich ist, dass der Quittungsträger die Quittung wirklich übergibt. Nimmt er sie wieder mit und veruntreut das Empfangene, so wird, wenn er unbefugt einkassiert hat, der Schuldner nicht befreit.[44]

2. Einen ähnlichen Fall, in dem der Besitz eines Papieres[45] eine gesetzliche Vollmacht begründet, bietet WO. 29 II, 2: Der blosse Besitz eines Wechsels vertritt die Stelle einer Vollmacht, wegen Unsicherheit des Akzeptanten Sicherheitsbestellung zu fordern und, wenn solche nicht zu erhalten ist, Protest erheben zu lassen.

V. 1. Der Pfleger hat nach BGB. 1915, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die rechtliche Stellung eines Vormunds, ist also auch gesetzlicher Vertreter. Der Pfleger nach BGB. 1909 tritt für den ihm zugewiesenen Geschäftskreis ganz an die Stelle des Gewalthabers oder Vormunds, er ist also zweifellos gesetzlicher Vertreter.

2. Der Gebrechliche aber, der nach BGB. 1910 einen Pfleger erhalten hat, wird dadurch in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt. Er kann seinen Pfleger jederzeit desavouieren und jederzeit die Aufhebung der Pflegschaft durch das Vormundschaftsgericht herbeiführen (BGB. 1920). Ebenso wird der Abwesende, der nach BGB. 1911 einen Pfleger erhält, dadurch in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt.

---

42. Dies verlangt ohne Motivierung Neumann I S. 159.

43. Ueber den durch den Quittungsüberbringer vermittelten Eigentumserwerb des Prinzipals vgl. unten p. 64 No. 12.

44. Vgl. Keyssner S. 143/144.

45. Es gehört hierher auch BGB. 172 und die gesetzliche Vollmacht des Gerichtsvollziehers nach CPO. 755, vgl. unten p. 59.

Er kann in der Fremde ruhig weiter Geschäfte abschliessen, und wenn seine Verfügungen mit denen seines Pflegers in Widerspruch stehen, so ist die Rechtslage nicht anders, als wenn von dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber oder als wenn von derselben Person über denselben Gegenstand sich widersprechende Verfügungen getroffen worden wären.[46] Wir werden deshalb wohl auch in der Pflegschaft des Gebrechlichen oder Abwesenden eine vom Gesetz fingierte Vollmacht zu erblicken haben.

Eine Ausnahme ist nur für den Prozess geschaffen. In einem Prozess, den der Pfleger als solcher führt, kann sich auch der prozessfähige Pflegling nicht hineinmischen (CPO. 53). Es hat vielmehr der Pfleger des Abwesenden oder Gebrechlichen in einem von ihm begonnenen Prozess, aber auch nur da, die Stellung eines gesetzlichen Vertreters.[47]

---

46. Vgl. Cosack II § 341, II 2c und 3c mit Beispielen, Hellwig, Anspruch § 31 II 1b, auch Fuchs bei Gruchot 38 S. 567 für die entsprechenden Pflegschaften der preuss. Vormundschaftsordnung vom 5.7.75.

47. Eine ganz andere Stellung als unser Abwesenheitspfleger hatte, wie Pernice Labeo 1 S. 490/491 zeigt, der römische procurator absentis. Er war ein echter Bevollmächtigter, ursprünglich ein Güterpfleger, den reipublicae causa absentes anständigerweise zurückzulassen pflegten. Ob die Bezeichnung Prokurator, wie Pernice annimmt, daher rührt, dass er „pro curatore" tätig war, oder ob, wie Schlossmann, Besitzerwerb durch Dritte, 1881 S. 89fg. dagegen wohl mit Recht unter Berufung auf Plautinische Stellen ausführt, dem Ausdruck „procurator" eine technisch-juristische Bedeutung nicht innewohnte, vielmehr procurare und curare promiscue gebraucht wurden, ist für die Rechtsstellung des procurator wohl belanglos. Doch scheint uns die Polemik Schlossmanns dagegen, dass der procurator ursprünglich nur procurator absentis war (S. 93—97) doch an der Stelle in Ciceros Rede pro Caecina § 57 zu scheitern: „tuus procurator dejecerit — — is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius". Aus diesem Abwesenheitspfleger entwickelte sich dann der bevollmächtigte Geschäftsführer, der Prokurator, der meist Freigelassener des Geschäftsherrn war und in mannigfacher, zumeist tatsächlicher, aber auch rechtlicher Beziehung für ihn tätig wurde, kurzum das war, „was wir einen

3. Der curator ventris (EGB. 1912) ist gesetzlicher Vertreter des Embryo.[48]

Man darf nicht einwenden, dass dieser kein Rechtssubjekt ist, also auch nicht vertreten werden kann. So gut, wie das römische Recht, wenn es galt, die Interessen des Ungeborenen wahr zu nehmen, das „nasciturus pro jam nato habetur" kannte, durchbricht auch das BGB. mit § 1923 II den Grundsatz seines § 1. So oft der Embryo aber als rechtsfähig fingiert wird, können und müssen seine Rechte durch einen Vertreter wahrgenommen werden. Insoweit ist der Pfleger der Leibesfrucht ihr gesetzlicher Vertreter.

Dieser Pfleger nimmt nur die persönlichen Rechte der Leibesfrucht, zu denen auch ihr etwaiges Erbrecht gehört,[49] nötigenfalls im Prozesswege[50] wahr, die zum Nachlass gehörigen Rechte kann er dagegen nicht ausüben. Für diesen kann dagegen im Bedarfsfalle ein besonderer Pfleger (curator bonorum ventris nomine) bestellt werden, der von dem curator ventris juristisch scharf zu scheiden ist.[51]

Faktor oder ein Faktotum nennen" (Schlossmann S. 103). Die meisten römischen Juristen stellen diesen procurator dem curator furiosi gleich, „furiosus absentis loco" findet sich bei Ulpian (l. 17 § 11 D. 47, 10), Julian (l. 2 § 3 D. 20, 7), Pomponius (l. 124 § 1 D. 50, 17). Sie übersahen den grundlegenden Unterschied, den nur Paulus (l. 2 § 1 D. 3, 3) erkannte: „Furiosus non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit".

48. So Hellwig, Lehrb. S. 293, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 66 No. 1; Kohler, Lehrb. S. 354: „stillschweigende juristische Person"; Planck 1912 E. 4: „Personenkuratel"; a. M. Seuffert § 58 E. 3 seines Kommentars z. CPO.

49. Vgl. ferner BGB. 331, II. 844, II, 2. 2043 I. 2101, 2178.

50. Kohler, Lehrb. S. 357 leugnet, dass der curator ventris für den nasciturus prozessieren kann. Dann wäre er ziemlich überflüssig!

51. Vgl. Windscheid-Kipp III S. 173 No. 4. Hellwig, Lehrb. S. 293 No. 6 S. 300. Hiermit ist wohl stillschweigend Verträge S. 243/4 korrigiert, wo die beiden Kuratoren nicht streng auseinandergehalten sind. Ebensowenig unterscheidet sie Planck 1012 E. 1.

Die Fürsorge eines Pflegers ist für uneheliche „nasciturі“ ebenso zulässig, wie für eheliche.[52]

Der curator ventris kann in eine etwas prekäre Lage kommen, wenn der Erwartete nicht geboren wird.[53] Die fingierte Rechtsfähigkeit des Embryo ist ja an die Bedingung seiner Geburt geknüpft. Kommt er nicht zur Welt, so hat der Pfleger eine persona non existens vertreten. Während die Kosten der Tätigkeit des curator bonorum ventris nomine dem Nachlass zur Last fallen, würde der Pfleger der Leibesfrucht, der diese Pflegschaft als Deutscher nicht einmal ablehnen darf (BGB. 1915 und 1785) und keine Vergütung erhält (BGB. 1915 und 1836, 3), dann für seine Auslagen, z. B. Prozesskosten, mit seinem eigenen Vermögen einzustehen haben.[54] Er kann nicht einmal von den nächsten Beteiligten obligatorisch eine Schadloshaltung verlangen,[55] da er ja nicht deren Geschäfte, sondern die des „nasciturus“ geführt hat. Dies kann dagegen der curator bonorum ventris nomine von denjenigen, die Erben werden, weil der „nasciturus“ nicht zur Welt kommt (vgl. BGB. 685).

4. Ob der Pfleger eines unbekannten oder ungewissen Beteiligten (BGB. 1913) dessen gesetzlicher Vertreter, und ob er überhaupt dessen Vertreter ist, ist einheitlich nicht zu entscheiden. In der Regel wird man wohl, der Pflegschaft des Abwesenden analog, „gesetzliche Vollmacht“ anzunehmen haben.[56] Es ist aber auch zu beachten, dass nicht

52. Vgl. Planck 1912 E. 2. — Deshalb ist die Entscheidung des Kammergerichts (v. 20. 5. 01 cit. im „Recht“ 1901 S. 432), die wohl darauf hinausläuft, dass BGB. 1716 eine BGB. 1912 ausschliessende lex specialis ist, u. E. nicht zu billigen.

53. Vgl. Planck 1912 E. 6.

54. Eine gewisse Erleichterung gewährt GKG. 49 Z. 9.

55. Wie im römischen Recht (l. 29 D. 3, 5, l. 19 § 2 D. 26, 2) der tutor testamento postumo datus mit der actio negotiorum gestorum.

56. Das gilt aber nicht, wenn für einen noch nicht erzeugten Nacherben ein Pfleger bestellt wird (BGB. 1913, 2). Hier werden die Grundsätze von der Pflegschaft der Leibesfrucht analog zur Anwendung gelangen (vgl. Kohler, Lehrb. S. 355, Hellwig, Lehrb. S. 293).

immer derjenige, für den, d. h. in dessen Interesse, der Pfleger bestellt ist, mit dem Vertretenen identisch ist. So ist der Nachlasspfleger, der nach BGB. 1960 „für denjenigen, welcher Erbe wird," bestellt wird, Vertreter nicht des zukünftigen Erben, sondern des Nachlasses.

Ebenso liegt der Fall, wenn für ein nach BGB. 928 derelinquiertes Grundstück vor der Aneignung durch den Berechtigten nach CPO. 58 „ein Vertreter zur Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen" in Passivprozessen[57] oder ein Pfleger nach Analogie von BGB. 1913 für Aktivprozesse und aussergerichtliche Rechtshandlungen bestellt wird. Dieser ist kein Vertreter des Aneignungsberechtigten,[58] denn da die Aneignung durch diesen nicht mit rückwirkender Kraft ausgestattet ist, so fehlt ihm bis dahin die Sachlegitimation; er handelt auch nicht im eigenen Namen,[59] denn dann müsste er ja die entstandenen Prozesskosten aus seiner eigenen Tasche decken, ausserdem nennt ihn CPO. 58 ausdrücklich „Vertreter"; es ist auch nicht die Ansicht möglich,[60] dass der Vertreter sämtliche Interessenten vertrete, denn Handeln in fremdem Interesse deckt sich nicht mit Handeln in fremdem Namen; sondern der Vertreter ist, wie ihn ausdrücklich GKG. 49 Z. 9 bezeichnet, Vertreter des Grundstücks, gesetzlicher Vertreter einer selbständigen Vermögensmasse, analog dem Organ einer juristischen Person.[61]

5. Der Pflegschaft eines Abwesenden oder ungewissen Beteiligten gleichen einige Fälle spezieller Vertretung, in denen von cura ad hoc gesprochen werden könnte. Der

---

57. Vgl. auch CPO. 787.

58. So Seuffert zu § 58, Petersen Anger zu § 58.

59. So Gaupp-Stein § 58 II. Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889 S. 44, 45.

60. Wie die Mehrheit der II. Kommission (Prot. S. 619fg.) annimmt.

61. Hierüber Hellwig Anspruch §§ 31fg., Rechtskraft § 40, III., Lehrb. S. 294, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 65 No. 24. Planck zu 928,

Vertreter des jeweiligen Gläubigers einer Forderung aus Inhaber- oder Orderpapier, für die eine Sicherungshypothek (BGB. 1189) oder ein Schiffspfandrecht (BGB. 1270) bestellt ist, hat hinsichtlich der Geltendmachung der Hypothek die Stellung eines Bevollmächtigten des Gläubigers. Er ist kein wirklicher Bevollmächtigter, denn er wird selten überhaupt nur wissen, wen er vertritt. Andererseits kann der Gläubiger jederzeit persönlich eingreifen, ausser im Prozess, wo der Pfandhalter analog dem curator incertae personae die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat.[62] Gleiches wird ausdrücklich bestimmt für den Gläubigervertreter, der die Gesamtheit der Besitzer von Schuldverschreibungen gegenüber dem gemeinsamen Schuldner vertritt im Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 § 14 IV 1: „Führt der Vertreter für die Gesamtheit der Gläubiger einen Rechtsstreit, so hat er in diesem die Stellung eines gesetzlichen Vertreters."

Eine entsprechende Stellung nehmen die nach BGB. 1141 II, CPO. 454 II, ZVG. 6 fg., 135 bestellten Vertreter ein, dagegen wird wohl der nach CPO. 779 II, 1 bestellte Vertreter — trotz des Wortlauts („dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter") ein Vertreter des Nachlasses sein[63] und sich zu sonstigen Nachlassvertretern verhalten, wie der nach CPO. 57 bestellte besondere zu dem allgemein berufenen gesetzlichen Vertreter.

Eine gesetzliche Vollmacht, die der cura absentis verwandt ist, liegt in der in einer Reihe von Konsularkonventionen[64] getroffenen Bestimmung, dass die Erben von Ausländern bei der Wahrung ihrer erbschaftlichen Interessen

---

62. Vgl. Biermann, Sachenrecht § 1189 3c und 4.

63. Vgl. Hellwig, Anspruch S. 225 No. 10a, Lehrb. S. 298.

64. Cit. bei Wilmowski und Levy, Kommentar z. CPO. § 50 E. 2. Dort wird eine „präsumptive Vollmacht" angenommen. Das reicht aber wohl nicht aus. Vgl. unten p. 67/68.

von ihren Konsuln vertreten werden. Auch hier wird wohl CPO. 53 anwendbar sein.

In diesen Zusammenhang gehört wohl auch die Vertretung der Landesherren und der ihnen gleichgestellten Personen in ihren Vermögensangelegenheiten durch die nach Haus- oder Landesgesetz gemäss § 5 EG. CPO. berufenen Behörden. Fürstliche Personen brauchen nicht in den strepitus fori hinabzusteigen und um Mein und Dein Eide zu schwören. Wie der Absens örtlich, so stehen sie — in vermögensrechtlicher Beziehung — ideell ausserhalb der Privatrechtsgemeinschaft. Deshalb haben nach preussischem AGCPO. vom 24. III. 79 § 3 diese Behörden im Prozess die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, so gut wie der curator absentis.[65]

6. Der Pfleger, der nach BGB. 1914 für ein Sammelvermögen bestellt wird, vertritt dieses, das gleichfalls ein selbständiges Sondervermögen bildet,[66] — ein Fall, der als cura rei selbst von den Schriftstellern bezeichnet wird, die sonst die Möglichkeit der Vertretung einer Vermögensmasse nicht anerkennen.[67]

VI. 1. In BGB. 714 wird dem geschäftsführenden Gesellschafter im Zweifel das Recht zugestanden, die Gesellschafter[68] zu vertreten. Diese Bestimmung ist einerseits eine

65. Dass die Pfleger eines gebrechlichen, abwesenden und ungewissen Beteiligten und die erwähnten, eine analoge rechtliche Stellung einnehmenden curatores ad hoc im Prozess als „gesetzliche Vertreter", ausserhalb desselben als Bevollmächtigte anzusehen sind, darf uns nicht schrecken: gibt es doch auch echte (rechtsgeschäftlich) Bevollmächtigte, die im Prozess als „gesetzliche Vertreter" fungieren, vgl. Gebrauchsmusterschutzgesetz vom 1. Juni 1891 § 13, Patentgesetz vom 7. April 1891 § 12, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 § 23 und Reichsgericht B. 42 S. 92.

66. Hellwig, Verträge S. 238 fg. Lehrbuch S. 306.

67. Z. B. Planck zu 1914 E. 3, Cosack II § 344 II, 6. Vgl. auch Kohler, Lehrb. S. 355, Dernburg I § 94 „den Stiftungen analog zu behandeln".

68. Nicht die Gesellschaft, deren Vermögen kein selbständiges Sondervermögen bildet, vgl. Planck vor 705, II, 2.

Rechtsvermutung, andererseits eine gesetzliche Auslegungsregel.[69] Wo immer geschäftsführende Gesellschafter nicht ausdrücklich von der Vertretung ausgeschlossen sind, sind sie kraft Gesetzes zur Vertretung ermächtigt, auch wenn keine Vollmacht erteilt ist. Dies gilt aber nur für die aussergerichtliche Vertretung, vor Gericht ist eine besondere Prozessvollmacht stets erforderlich.[70] So wird hier — und ähnlich in allen Fällen, in denen nur der Umfang der Vollmacht durch das Gesetz festgelegt ist,[71] in der Form einer Auslegungsregel, die, abweichend von der für Verträge geltenden allgemeinen, nicht den wirklichen Willen (BGB. 133) der Parteien, sondern das vom Gesetz als verkehrsüblich Erkannte zu Grunde legt, eine „gesetzliche Vollmacht" begründet.[72]

2. Eine dem geschäftsführenden Gesellschafter analoge Stellung nimmt der Vorstand des nicht rechtsfähigen Vereins ein (BGB. 54 I), doch mit der Modifikation, dass hier die Grundsätze der Vertretung insoweit verlassen werden, als auch der Vertreter neben dem Vertretenen haftbar bleibt. In Passivprozessen hat der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (CPO. 50 II).[73]

---

69. Planck (§ 167, E. 5 u. 714, E. 1) gesteht nur das letztere zu. Doch muss hier wohl auch bis zum Beweise des Gegenteils vermutet werden, dass dem geschäftsführenden Gesellschafter das Vertretungsrecht zustehe, eine Vermutung, die im internen Prozess der Gesellschafter für die Beweislast bedeutsam sein kann, wenn die Vertretungsbefugnis bestritten wird. Von einer Vermutung spricht hier auch Jsay S. 191.

70. Vgl. Hellwig Anspruch S. 199, Lehrb. S. 321, a. M. Planck § 54, E. IIIe.

71. Vgl. unten p. 57, fg.

72. Aehnlich wie eine authentische Interpretation materiell ein neues Gesetz darstellen kann. — A. M. Hupka S. 238.

73. Den Schritt, ihm die gleiche Stellung in Aktivprozessen zuzuerteilen und das Vereinsvermögen zu einem selbständigen Sondervermögen zu erheben, können wir angesichts des Wortlauts von CPO. 50 II, mit Hellwig (Lehrbuch S. 304-6) nicht mittun, so wünschenswert

VII. Nach GBO. 15 gilt ein Notar, von dem die zu einer Bucheintragung erforderliche Erklärung beurkundet und beglaubigt ist, als ermächtigt, im Namen des Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen. Dies ist keine blosse „vermutete Vollmacht,“[74] denn eine im Prozess erfolgte Widerlegung der Vermutung würde nichts nützen, sondern eine auf die Vermutung, dass dies dem Willen des Vertretenen entspreche, gegründete, „fingierte“ oder „gesetzliche Vollmacht.“[75]

Aehnlich kennt das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine gesetzliche Vollmacht des Notars für Eintragungen in das Personenstandsregister (FGG. 71), Schiffsregister (FGG. 100), Handelsregister (FGG. 129), Vereinsregister (FGG. 159), Güterrechtsregister (FGG. 161).

VIII. Es wird meist streng von einander geschieden, ob eine Vertretungsmacht auf Gesetz beruhe, oder ob sie rechtsgeschäftlich erteilt sei, und nur ihr Umfang durch Gesetz festgelegt.[76]

Diese Unterscheidung stösst auf erhebliche Schwierigkeiten insbesondere dann, wenn das Gesetz das Vorhandensein der Vertretungsmacht dispositiv, ihren Umfang aber zugleich absolut regelt.[77]

Aber der Gegensatz ist auch nicht sehr bedeutungsvoll.

---

es praktisch auch wäre. Aber de lege lata darf der Wunsch nicht des Gedankens Vater sein!

74. So Neumann I, S. 153, Achilles u. Strecker Kommentar zur GBO. § 15, E. 1.

75. Vgl. Martinius bei Gruchot 44, S. 390, Biermann S. 7, Hellmann Vorträge S. 103, No. 1, Goldmann-Lilienthal, I, S. 198, No. 2.

76. Vgl. Biermann S. 18, Hupka S. 125/26. 238/fg. Teilweise abweichend Rehbein I, S. 250.

77. Vgl. Hupka S. 239, Neumann I, S. 155. Biermann meint widerspruchsvoll S. 6—7, dass auf CPO. 755, die Vertretungsmacht des Gerichtsvollziehers beruhe, S. 20, dass hier der Vollmacht desselben ein gesetzlicher Umfang erteilt würde.

Vielmehr müssen wir sagen, dass, so oft das Gesetz den Umfang einer Vollmacht ohne Rücksicht auf das im konkreten Fall durch Rechtsgeschäft vereinbarte festlegt, das so der Vertretungsmacht etwa hinzugefügte Plus nicht mehr auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz beruhe. Wir dürfen dann hinsichtlich dieses Plus, das natürlich genau so behandelt wird, als ob die Vollmacht sich auch hierauf erstreckte, wohl von einer „gesetzlichen Vollmacht" reden.[78] Die hierhin gehörenden Fälle sind zahlreich, besonders im Handelsrecht. Einen gesetzlichen Umfang hat die Vertretungsmacht des Prokuristen (HGB. 49), die sogar nach aussen nicht beschränkt werden kann (HGB. 50 I), ebenso die des Handlungsbevollmächtigten (HGB. 54), Handlungsreisenden (HGB. 55), Handlungsagenten (HGB. 86 II, 87), des Schiffers (HGB. 527—531) und des Binnenschiffers (Binnenschiffahrtsgesetz §§ 15—19).

Der Kommis, der „in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist," ist zu den gewöhnlichen „Verkäufen und Empfangnahmen" kraft Gesetzes ermächtigt, auch wenn ihm nur eine beschränkte oder gar keine Vollmacht erteilt ist (HGB. 56).

Voraussetzung ist hier und ebenso beim Schiffer (HGB. 527) die „Anstellung." Diese ist kein bestimmtes technisch-juristisches Verhältnis, sondern eins, das der Bezeichnung und dem Inhalt nach den Anschauungen des täglichen Lebens entspricht. Hiermit ist aber nicht gesagt, wie Isay (S. 235) annimmt, dass ein „tatsächlicher Zustand" genügt, der nach aussen hin eine Anstellung vermuten lässt.[79] Es scheint,

78. Das HGB. spricht von den „gesetzlichen Befugnissen" des Schiffers in HGB. 531, 533, erkennt also an, dass aus dem gesetzlichen Umfang einer rechtsgeschäftlich erteilten Befugnis sich eine „gesetzliche Befugnis" ergibt, ebenso Binnenschiffahrtsgesetz §§ 17, 19.

79. Diese Ansicht entspringt der Uebertreibung des Prinzips der „objektivierten Gestionsbefugnis"; vgl. unten p. 70 fg.

uns vielmehr eine „Anstellung“ zwar nicht die Rechtsbeständigkeit des Dienstvertrages (oder sonstigen Geschäftsführungsvertrages) zu erfordern, wohl aber ein Tätigsein mit Wissen und Willen des Prinzipals.[80] Insoweit ist das Beispiel Isays (a. a. O.) zu modifizieren: ein Kapitän bereut die seinen Rhedern gegenüber übereilt erfolgte Kündigung seines Dienstvertrages und macht sich sofort mit dem segelfertig im Hafen liegenden Schiff auf die Reise. Hier liegt eine „Anstellung“ und demgemäss Vertretungsmacht nur dann vor, wenn die Rheder sich nach erlangter Kenntnis dabei beruhigen und nicht etwa sofort an den nächsten Hafen Konterorder ergehen lassen.

Gesetzlich umgrenzt ist auch die Vertretungsmacht des Gerichtsvollziehers. Er ist durch den Besitz einer vollstreckbaren Ausfertigung oder einer ihr gleichstehenden Urkunde zu Zwangsvollstreckung, Zahlungsempfang, Quittierung und Aushändigung der Urkunde an den Schuldner ermächtigt (CPO. 754/5), auch dann, wenn der Gläubiger dies in dieser oder jener Hinsicht ausgeschlossen hat, ja selbst, wenn diese Ausschliessung dem Schuldner oder Dritten bekannt war.[81]

Aehnlich hat die Prozessvollmacht einen gesetzlichen Umfang (CPO. 81 fg.), der durch interne Instruktion zwar eingeschränkt werden kann, dessen Einschränkung aber dem Gegner gegenüber wirkungslos bleibt, ausser wenn sie Vergleich, Verzicht oder Anerkennung (CPO. 83) betrifft.

IX. Eine „gesetzliche Vollmacht“ kann sich auch aus der Auslegungsregel von HGB. 85 ergeben. Hat ein nicht vertretungsberechtigter Handlungsagent ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt das Schweigen des davon wissenden Geschäftsherrn

80. Vgl. Staub § 56, E. 1.
81. Vgl. auch CPO. 804, I, 808, I, 809, 815, III, 819, 897, 898.

als Genehmigung.[82] Schweigt er ohne Genehmigungswillen, so beruht die Vertretungsmacht auf Gesetz.[83]

III. Das Vertretungsverhältnis.

§ 4.

a) Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis.

Die Rechtsordnung erteilt jeder geschäftsfähigen Person die Macht, sich selbst zu berechtigen und zu verpflichten. Hierdurch werden dem Einzelnen Rechte oder Pflichten noch nicht geschaffen, er hat nur die Möglichkeit, solche innerhalb der weiten vom objektiven Recht gezogenen Schranken für sich zu erwerben.

Ebenso gibt die Vertretungsmacht dem Vertreter noch keine Rechte oder Pflichten.[1] Sie bedeutet für ihn nur die Möglichkeit, innerhalb bestimmter Schranken („der ihm zustehenden Vertretungsmacht" BGB. 164, 1) eine andere Person zu berechtigen und zu verpflichten, somit eine Erweiterung der ihm von Haus aus zustehenden Handlungsfähigkeit. Die Erteilung der Vertretungsmacht ist daher für ihn weder ein lukratives Geschäft, d. h. ein solches, durch das er

82. Abweichend von der allgemeinen Regel in BGB. 177, a. E. — Es liegt hier also eine Art „vermutete Vollmacht" vor, wie sie unser Reichsrecht sonst nicht kennt, wohl aber das A. L. R. I, 13, §§ 119-128. (für nahe Verwandte, Miteigentümer, Streitgenossen, Verwalter, Buchhalter, Hausofficianten, Herrschaften und Obrigkeiten in Angelegenheiten ihrer Gutsuntertanen; Einspruch des Vertretenen mit der Wirkung, dass der Vertreter als falsus procurator haftbar gemacht wird, ist innerhalb bestimmter Frist zulässig); ähnlich der römische (l. 40 § 4 D 3,3) und gemeine Civilprozess hinsichtlich naher Verwandter und Litisconsorten (Vgl. Wetzell S. 77).

83. Vgl. Jsay, S. 237.

1. Vgl. Biermann S. 21, Hupka S. 21-23, Eccius bei Gruchot 47 S. 211, Kohler Lehrbuch S. 436. Dniestrzanski meint dagegen: „Eine Macht, die weder Recht noch Pflicht ist, muss an Blutleere zugrunde gehen." (S. 102) Muss das auch die Geschäftsfähigkeit, Prozessfähigkeit, Wechselfähigkeit, die Verfügungsmacht, die ja nicht immer mit dem Recht Hand in Hand zu gehen braucht?

„lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt“ (BGB. 107), noch ein oneroses, es steht vielmehr jenseits. Daher kann[2] nach BGB. 165 der beschränkt Geschäftsfähige Vertreter sein und Vertretungshandlungen mit rechtlicher Wirkung vornehmen, auch ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.[3]

Während aber Voraussetzung und Abgrenzung der Handlungsfähigkeit vom Gesetz naturgemäss ausschliesslich geregelt wird, kann die Vertretungsmacht auch durch den Willen des Einzelnen begründet und umgrenzt werden.[4]

Verstehen wir so unter Vertretungsmacht die rechtliche Fähigkeit, im Namen eines andern zu handeln, so haben wir dabei nur die Wirkung „nach aussen,“ d. h. Dritten gegenüber, im Auge, lassen es aber noch ganz unberücksichtigt, ob der Vertreter „nach innen,“ d. h. dem Vertretenen gegenüber, nicht widerrechtlich von einer ihm in die Hand gegebenen Macht Gebrauch gemacht hat, ob er „Vertretungsbefugnis“ hat. Wir haben schon gesehen, dass diese Vertretungsbefugnis nicht immer da vorhanden ist, wo Vertretungsmacht vorliegt.[5] Es ist vielmehr häufig ein Handeln-Können in fremdem Namen gegeben, wo von einem Handeln-Dürfen keine Rede ist, die Macht kann weiter gehen, als die Befugnis. Dagegen wäre eine Befugnis zum Handeln in fremdem Namen ohne die Macht dazu ein leerer Schall, ein Dürfen ohne ein Können würde inhaltslos bleiben, und daher wird mit dem Erlöschen der Vertretungsmacht die Frage nach der Vertretungsbefugnis gegenstandslos.[6]

---

2. Wie nach röm. Recht (l. 7, § 2, D. 14, 3.) der pupillus institor.

3. A. M. Staudinger I, § 165, E. 2.

4. Deshalb ist es trotz Dniestrzanski (a. a. O.) nicht inkonsequent, nach dem Umfange der Vollmacht auch dann zu fragen, wenn man diese als blosse Macht, nicht als Recht oder Pflicht ansieht.

5. Ueber den Gegensatz der Begriffe Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht vgl. Brinz-Lotmar 4, S. 373, Hupka S. 2 Note, S. 21.

6. A. M. Brinz-Lotmar 4, S. 374, mit einem Beispiel, das uns aber nicht zutreffend erscheint. Denn wenn mit dem Tode des Mandanten der Auftrag erlischt, so geht nach röm. Recht seine Vertretungs-

II. Die Vertretungsbefugnis kann sich unmittelbar und ausschliesslich auf das Gesetz oder eine behördliche Anordnung gründen. Dies ist der Fall beim Mundwalt, Konkursverwalter, Zwangsverwalter.

Sie kann sich gründen auf die Anordnung einer Person in Verbindung mit dem Gesetz, sei es, dass das Gesetz für den Umfang der rechtsgeschäftlich erteilten Befugnisse eine Vermutung und Auslegungsregel ausspricht, die durch den entgegengesetzten erklärten Willen des Vertretenen modifiziert werden kann (z. B. Prokurist, Prozessbevollmächtigter, Gerichtsvollzieher[7]), sei es, dass das Gesetz die Befugnis erst begründet, der Vertretene aber die Macht hat, sie zu beschränken (Ehefrau kraft der Schlüsselgewalt, geschäftsführender Gesellschafter, Notar nach GEO. § 15).

Die Vertretungsbefugnis kann sich ferner gründen auf rechtsgeschäftliche Erteilung (Vollmacht). Sie kann sich schliesslich gründen auf eine private Anordnung, die nicht von der Person des Vertretenen ausgeht. Beispiele sind der

---

macht hinsichtlich der dinglichen Veräusserung unter, vgl. z. B. l. 2, § 6, D, 39, 5. (Dies galt schon nicht mehr im gemeinen Recht, das ja sein Stellvertretungsinstitut nicht der im röm. Recht ausnahmsweise zulässigen Vertretung bei Veräusserung und Erwerb von Sachen, sondern der actio institoria nachbildete und, die hier gewonnenen Grundsätze auch auf die Vertretung bei einer Veräusserung ausdehnte; vgl. Mitteis S. 200. Hier bestand demgemäss die Vertretungsmacht, ähnlich wie nach BGB. 674, 169, dem gutgläubigen Dritten gegenüber weiter; vgl. l. 5, § 17, l. 17, §§ 2 fg, D. 14, 3.)

Davon aber, dass dann — wie Brinz-Lotmar annimmt — eine besondere Befugnis des Mandatars zur Veräusserung bestehen bleiben kann, darf man wohl nicht reden. Es erscheint vielmehr nur als ein Ausfluss des Geschäftsführungsverhältnisses (vgl. den folgenden Paragraphen), das ja, solange der procurator nichts von dem erfolgten Tode weiss, weiterbesteht (l. 26, pr. D. 17, 1), wenn er für den Schaden, den er durch die bona fide erfolgte (dem Dritten gegenüber ja auch unwirksame) Veräusserung hervorgerufen hat, von dem Erben wegen mangelnder culpa nicht haftbar gemacht werden kann.

7. Eine andere Frage ist die, ob auch die Vertretungsmacht hierdurch tangiert wrid.

testamentarisch durch den Erblasser bestellte Testamentsvollstrecker, der von der Mitgliederversammlung (die ja nicht mit dem Verein identisch ist) bestellte Vorstand eines Vereins, das im Stiftungsgeschäft vom Stifter ernannte Organ einer Stiftung, der nach BGB. 1189 vom Eigentümer oder von diesem und dem ersten Gläubiger zusammen bestellte Vertreter für den jeweiligen Gläubiger.

III. Das BGB. kennt den Ausdruck „Vertretungsbefugnis" nicht. Der Begriff ist ihm aber nicht unbekannt. Es wendet nur die Bezeichnung „Vertretungsmacht" an, ohne Unterschied, ob es auf das Vertreten-Können oder das Vertreten-Dürfen ankommt. Manchmal wird die Richtung nach aussen durch die Worte „Dritten gegenüber"[9] oder Gleichbedeutendes kundgegeben (z. B. BGB. 26 II, 2; 714/5; HGB. 50 I). Auch wo dies nicht der Fall ist, können wir in der Regel „Vertretungsmacht" in diesem Sinne auffassen. Da Vertretungsmacht einen weiteren Umfang hat als Vertretungsbefugnis, so wird überall da, wo jene gegeben ist, auch diese mitinbegriffen. Es genügt beispielsweise, dass die Willenserklärung innerhalb der dem Vertreter zustehenden Vertretungsmacht abgegeben ist (BGB. 164, I) ohne Rücksicht auf seine Befugnis. Wenn ferner das Gesetz von Handeln „ohne Vertretungsmacht" spricht, so ist auch diese Ausdrucksweise ganz korrekt. Denn die Regeln der §§ 177 fg. kommen nicht schon dann zur Anwendung, wenn der Vertreter nicht zur Vertretung befugt ist, sondern erst dann, wenn er nicht imstande ist, den Pseudovertretenen giltig zu obligieren.

Bedenklich erscheint uns aber die terminologische Sparsamkeit im Falle BGB. 173.[10] Ersetzen wir hier die Verweisung durch einen entsprechenden Satz, so erhalten wir:

---

8. Deshalb keine Vollmacht, wie Biermann S. 17 annimmt.

9. Die daher nicht, wie Isay S. 198, N. 1 meint, überflüssig, weil selbstverständlich, sind.

10. Ganz entsprechendes gilt für BGB. 70.

„Die Vertretungsmacht bleibt nicht bestehen, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss.“ Dass, was der Dritte kennt oder kennen muss, kann nicht das Erlöschen der Vertretungsmacht in unserm Sinne sein, denn diese Vertretungsmacht wird ja eben von seiner Nicht-Kenntnis abhängig gemacht, es kann vielmehr diese Wirkung (das Erlöschen der Vertretungsmacht) allein hervorgerufen werden durch die Kenntnis des Dritten davon, dass der angebliche Vertreter dem Vertretenen gegenüber nicht mehr[11] zur Vertretung befugt ist.

Anders ausgedrückt: BGB. 173 scheint positiv zu sagen: „Die Vertretungsmacht besteht, wenn die Vertretungsmacht erloschen ist, der Dritte aber gutgläubig.“ X besteht, wenn X erloschen ist, das bleibt ein logischer Widerspruch, so lange wir mit X ein und dasselbe bezeichnen. Wir haben aber in dem zweiten X etwas anderes zu sehen als in dem ersten: die Vertretungsmacht besteht, wenn die Vertretungsbefugnis erloschen ist, der Dritte aber dies nicht weiss noch wissen muss.

IV. Regelt das Gesetz in gewissen Fällen die Vertretungsmacht weiter als die Vertretungsbefugnis, so geschieht dies im Interesse des Publikums, das mit dem Vertreter um so sicherer kontrahiert, in je weiterem Masse die von dem Vertreter eingegangenen Verbindlichkeiten und die an ihn gerichteten Leistungen und Erklärungen den Geschäftsherrn treffen.[12] Ein Gesetz, das in dieser Fürsorge am weitesten

11. Oder überhaupt nicht, vgl. oben p. 26.

12. Ist in der über die Vertretungsbefugnis hinausgehenden Vertretungsmacht die Empfangnahme von Leistungen inbegriffen (z. B. beim unbefugten Quittungsüberbringer nach BGB. 370,) so wird anzunehmen sein, dass sich hier die Vertretungsmacht auch auf den Erwerb des Eigentums erstreckt. Der unbefugte Quittungsüberbringer erwirbt daher das Eigentum des geschuldeten Gegenstandes stets für den Gläubiger, für den er es durch das Ueberbringen der Quittung ostentativ zu erwerben erklärt. Hieran wird selbst dadurch nichts geändert,

ginge, würde etwa bestimmen, dass die Vertretungsmacht sich auf alle Handlungen erstreckte, zu denen der Vertreter dem äusseren Anschein nach ermächtigt sei.

Dem steht aber das Interesse des Geschäftsherrn schroff gegenüber. Wenn die Vollmacht, die er erteilte, nach aussen hin anders schillert, als er sie zu sehen meinte, und Dritte sich auf dieses Schillern ihm gegenüber berufen können, so gerät er dadurch in Gefahr, ohne sein Zutun in ganz ungewollter Weise verpflichtet zu werden. Ihm muss daher daran gelegen sein, dass die Vertretungsmacht sich womöglich nie über die Vertretungsbefugnis hinaus erstrecke.

1. Das römische Recht hatte das Interesse des Geschäftsherrn schon dadurch in überaus reichlicher Weise gewahrt, dass es, den Grundsatz[13] befolgend: „per alium deterior condicio nostra fieri non potest," überhaupt eine direkte (d. h. wahre) Vertretung in der Verpflichtung nicht anerkannte.[14]

Wo dagegen das römische Amtsrecht ein wenigstens stellvertretungsähnliches Verhältnis in adjekticischer Form bei der actio institoria und exercitoria anerkannte, ging es gleich zu dem extremsten Schutz des Publikums über:[15] Der institor wurde durch die praepositio zu allen Geschäften ermächtigt, die der Betrieb einer derartigen taberna mit sich bringt. Wollte der Dominus die Vertretungsmacht des institor einschränken, so musste er dies „palam proscribere" (l. 11 §§ 2 fg. D. 14, 3), eine interne Beschränkung blieb Dritten gegenüber wirkungslos. In gleicher Weise

dass der Schuldner eine etwaige Unterschlagungsabsicht des Ueberbringers erkennt. (Zustimmend Rümelin S. 241.) Mit der liberatio geht daher stets ein Eigentumsübergang Hand in Hand.

13. Vgl. z. B. l. 74, D. 50, 17, l. 3, § 4, D. 2, 2, l. 27 § 1 D. 16, 1, l, 12, § 1 Cod. 7, 32. Weitere Stellen bei Schlossmann II, S. 212. u. 213.

14. Der dem Dominus gegenüberstehende Nachteil war verhältnismässig nicht so gross, da der Rechtserwerb durch Stellvertreter hinsichtlich dinglicher Rechte für ihn ja möglich war, und nur der direkte Erwerb der Gläubigerrechte durch die römische Auffassung der obligatio als „juris vinculum" ausgeschlossen sein musste.

15. Neque enim decipi debent contrahentes! l. 11. § 5. D. 14, 3.

wurde der exercitor navis verpflichtet (l. 1 pr. § 5 D. 14, 1), und schon das klassische römische Recht dehnte die Stellung des tabernae praepositus nicht nur auf andere Arten von kaufmännischen Geschäftführern[16] aus (ll. 3—5 D. 14, 3), sondern selbst über diesen Kreis hinaus[17] auf gewerbliche Arbeiter (l. 5 §§ 4—10 D. 14, 3) und bürgerliche Angestellte wie Hausverwalter (insularii, l. 5 § 1 D. 14, 3). Ja selbst aus Geschäften eines villicus wurde gegen den Dominus eine actio exemplo institoriae gegeben (l. 16 D. 14, 3), so dass schliesslich als institor jeder angesehen wurde, der zu einem Geschäfte irgend welcher Art ermächtigt war[18] (l. 5 pr. D. 14, 3, insbesondere auch l. 13 § 25 D. 19, 1).

Das gemeine Recht, das sein Stellvertretungsinstitut auf diese actiones adjecticiae qualitatis aufbaute, ordnete, diesen Grundsätzen folgend, an, dass der Umfang der Vertretungsmacht durch die äussere Stellung des Vertreters bestimmt werden solle.[19]

Wir finden so im römischen und gemeinen Recht eine gesetzliche Vollmacht, so oft und insoweit die äussere Stellung des Vertreters mehr verspricht als seine ihm durch Rechtsgeschäft erteilte Befugnis.

2. Diesem Grundsatz hat sich das geltende Recht in dieser Allgemeinheit nicht angeschlossen.[20]

---

16. Nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi (l. 3, D. 14,3).

17. Hier wurde gegen den dominus eine actio quasi institoria (l. 5 § 8 D. 14,3) gegeben.

18. Vgl. Mitteis, S. 24.

19. „Gutgläubigen Dritten haftet der Geschäftsherr ..... , sofern zu Geschäften dieser Art derartige Angestellte üblicher Weise befugt sind“ (Dernburg Pandekten II, 7. Aufl. S. 36), s. auch Mitteis S. 189, Biermann S. 33.

20. A. M. Isay S. 233 fg. Zustimmend Biermann S. 34 fg, Hupka S. 178 fg, 200 fg. Eccius bei Gruchot Band 47, S. 218, auch schon für das a. HGB. Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht X, S, 223.

In dem Wettstreit der beiden Prinzipien: Schutz des Vertretenen (Vertretungsmacht = Vertretungsbefugnis) und Schutz des Dritten (Vertretungsmacht bestimmt durch die äussere Stellung des Vertreters) stellt es sich sogar durch seine Definition der Vollmacht als einer „durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht" prinzipiell auf den Standpunkt, dass der rechtsgeschäftliche Wille des Vertretenen die Vertretungsmacht bestimme, durchbricht aber diesen Grundsatz durch so zahlreiche und weittragende Ausnahmen, dass in der Praxis doch das entgegengesetzte Prinzip die Regel bildet.

Diese Ausnahmen sind es, die wir in den beiden vorigen Paragraphen als Fälle der gesetzlichen Vollmacht bezeichnet haben. Freilich begnügt sich das Gesetz hier nicht immer damit, eine blosse gesetzliche Vertretungsmacht, unbekümmert um die interne Befugnis, zu statuieren (dies geschieht z. B. in BGB. 170/172), sondern es schafft sogar bisweilen eine gesetzliche Vertretungsbefugnis, sei es, dass es diese prinzipiell ausspricht und eine etwaige Einschränkung dem Vertretenen überlässt, sei es, dass es diese nur in der Form einer Auslegungsregel für die erteilte Vollmacht feststellt.

Man schöpft aber die Wirksamkeit des Gesetzes nicht aus, wenn man in diesen Fällen allein von einer Auslegungsregel[21] oder einer gesetzlichen Vermutung[22] spricht. Das Gesetz gibt hier freilich für die Vertretungsbefugnis eine blosse Auslegungsregel oder Vermutung,[23] die Vertretungs-

---

21. So Planck zu 714, Achilles u. Strecker zu GBO. § 15, Hupka S. 124, für BGB. 714, und HGB, 56, Neumann I, S. 159, 448 für BGB. 714.

22. So Isay S. 191, für BGB. 714, HGB. 56, GBO. 15, FGG. 71, FGG. 129, CPO. 754, Schollmeyer zu BGB. 370. Vergleiche dagegen folgende Note.

23. Es kommt aber auch vor, dass das Gesetz der Tatsache, die nach aussen hin die Vertretungsmacht begründet, nach innen nicht einmal die Kraft einer Vermutung für die Befugnis beilegt, so dass sie allein als Moment für die richterliche freie Beweiswürdigung (CPO. 286) in Betracht käme. Dahin gehört der Umstand, dass

macht ist es aber gegebenenfalls selbständig zu begründen imstande, nämlich, wenn die von ihm bestimmten objektiven Voraussetzungen[24] vorliegen, ohne dass der subjektive Entstehungsgrund der Vertretungsmacht, die Vollmachtserteilung, vorhanden ist.

3. Die Kraft, die das Gesetz an die objektiven Voraussetzungen knüpft, erstreckt sich aber in den allermeisten Fällen nur soweit, als nicht der Dritte den Mangel der Vertretungsbefugnis kennt oder kennen muss.[25]

Dies ist ausdrücklich ausgesprochen, wenn auch in zu enger Form (s. oben p. 26 fg.) in BGB. 173, in hinreichender Fassung in HGB. 54 III 55 I, es muss aber im Zweifel auch da gelten, wo das Gesetz nichts besonderes sagt, z. B. für BGB. 714,[26] HGB. 56.[27] Denn BGB. 173 ist lex generalis.

In gewissen Fällen schadet dem Dritten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nur sein Wissen von der man-

---

der Gerichtsvollzieher im Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung gewesen ist (so Gaupp-Stein 754, E. 1), der Quittungsüberbringer im Besitz der Quittung.

24. Isays (S. 231 fg) „objektivierte Gestionsbefugnis."

25. Schon der praetor gab in diesem Falle dem dominus eine exceptio (l. 17, § 4, D. 14,3).

26. So entscheidet RG. 43, 166, für den entsprechenden Art, 269, II, des a. HGB. nach gemeinem Recht.

27. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten von der mangelnden Vertretungsbefugnis kommt da nicht in Frage, wo das Gesetz dem Vertreter, der das Erlöschen der Vertretungsmacht nicht kennt, über die Dauer des ursprünglichen Vertretungsverhältnisses hinaus nicht nur weiter Vertretungsmacht sondern auch Vertretungsbefugnis gewährt; vgl. BGB. 674, 729, auch 1682 Abs. I, S. 1, 1893, I. Hier wird von Bedeutung die Kenntnis des Dritten von dem Erlöschen des ursprünglichen Vertretungsverhältnisses, und die Wirkung der Kenntnis ist hier nicht Tilgung der Vertretungsmacht. Diese besteht vielmehr fort, nur kann sich der wissende Dritte zu seinen Gunsten nicht auf sie berufen, während er seinerseits gebunden bleibt (BGB. 169, 1682, I. 2, 1893 I.)

gelnden Vertretungsbefugnis, nicht aber auch seine fahrlässige Unkenntnis.

Es gehört hierhin, das Wissen des Dritten von Umständen,[28] die der Annahme einer Ermächtigung des Quittungsüberbringers entgegenstehen (BGB. 370), ferner das Wissen des Dritten von der mangelnden Vertretungsbefugnis des Schiffers (HGB. 531) und von der mangelnden Schlüsselgewalt der Ehefrau, wenn die Beschränkung oder Entziehung nicht eingetragen ist (BGB. 1357, II, 3, 1435, I a. E.).

Es gibt aber schliesslich auch Fälle, in denen die Wirkung der äusseren Bevollmächtigung so stark ist, dass selbst entgegenstehende Kenntnis des Dritten von der mangelnden Befugnis der Vertretungsmacht keinen Abbruch tut. Hierhin gehört die Vollmacht des Prokuristen (HGB. 50 Abs. 1), die des Prozessbevollmächtigten in den Grenzen von CPO. 83, die des Gerichtsvollziehers nach CPO. 755.[29]

Auch die gesetzliche Vertretungsmacht kann durch die Kenntnis des Dritten von der Einschränkung paralysiert werden. Dies kommt natürlich nur da in Betracht, wo überhaupt bei der gesetzlichen Vertretung eine über die Vertretungsbefugnis hinausgehende Vertretungsmacht denkbar ist. Wo Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis beide auf Gesetz oder amtlicher Bestellung beruhen, ist ihr Umfang auch vollkommen kongruent in der Weise festgelegt, dass sie nur gleichmässig beschränkt oder genommen werden können (Mundwalt, Konkursverwalter, Zwangsverwalter).[30]

---

28. Unterlässt er es aber aus diesen, ihm bekannten Umständen mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, den Schluss zu ziehen, so besteht ihm gegenüber gleichwohl die Vertretungsmacht nicht mehr; so mit Recht Keyssner S. 143.

29. vgl. Gaupp-Stein 754, E. II, 755, E. III.

30. Darüber, dass BGB. 1682, 1893, Abs. I, keine Ausnahme bildet, vgl. p. 68 N. 27.

Wo aber nicht das Gesetz, sondern Satzung oder Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Vertreter berufen, ist es auch möglich, dass Satzung oder Gesellschaftsvertrag die Vertretungsbefugnis abweichend von der gesetzlichen Normierung festlegen, sei es mit, sei es ohne Wirkung gegen Dritte. Die Vertretungsmacht des Vereinsvorstands kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden (BGB. 26 Abs. 2 Satz 2). Diese Beschränkung und ebenso das mit dem Verlust der Eigenschaft eines Vorstandsmitglieds erfolgende Erlöschen hat aber bei eingetragenen Vereinen Wirksamkeit nach aussen nur dann, wenn sie dem betreffenden Dritten bekannt oder im Vereinsregister eingetragen ist, sofern nicht im letzteren Falle der Dritte wiederum den Nachweis führt, dass ihm die Eintragung ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist (BGB. 68, 70). Sonst bleibt, wenn auch die Vertretungsbefugnis satzungsgemäss getilgt ist, die Vertretungsmacht bestehen.

Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis, niemals aber eine solche der Vertretungsmacht ist zulässig bei den gesetzlichen Vertretern einer Handelsgesellschaft[31] (vgl. HGB. 126 II, 151, 161 II, 235 II, 238 II, 320 II, Ges. v. 1. 5. 89 § 27 Abs. II, Ges. v. 20. 4. 92 § 37, II). Hier bleibt also auch die Kenntnis des Dritten von der mangelnden Befugnis irrelevant.[32]

4. Wo aber das Gesetz die Vertretungsmacht nicht an eine „objektivierte Gestionsbefugnis" knüpft, müssen wir daran festhalten, dass nur die „subjektive" Vertretungsbefugnis Vertretungsmacht gewährt, dass also das Gesetz nicht, wie Isay (S. 239) annimmt, „lediglich auf Grund dieses typi-

31. Anders bei der Rhederei hinsichtlich des Korrespondentrheders, s. HGB. 495.

32. Ob sich freilich der Dritte dadurch nicht nach BGB. 823, oder 826 ersatzpflichtig macht, ist eine andere, hier nicht zu berührende Frage, die natürlich ebenso sehr bei der nach aussen unbeschränkbaren Vollmacht brennend werden kann (vgl. z. B. hinsichtlich der Prokura Lehmann-Ring zu HGB. 50 E. 3.).

schen objektiven Moments die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gegenüber dem gutgläubigen Dritten entstehen lässt.“ Dies folgt daraus, dass, wenn regelmässig das Wissen des Dritten vom Mangel der Vertretungsbefugnis geeignet ist, die Vertretungsmacht aufzuheben, diese Vertretungsbefugnis doch prinzipiell dasjenige sein muss, was die Vertretungsmacht begründet. Wenn ferner das Gesetz die Vollmacht als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht“ bezeichnet, so liegt darin implicite, dass dies Rechtsgeschäft Entstehung und Umfang der Vertretungsmacht bestimme. Es müssen deshalb wohl die Fälle, in denen dies anders ist, Ausnahmen sein, die nicht verallgemeinert werden dürfen. Dies Resultat scheint uns auch der Billigkeit zu entsprechen (während Biermann, S. 34—36, es mit resigniertem Rückblick auf das gemeine Recht bedauert). Denn für die Sicherheit des Verkehrs ist durch die positive Gesetzesbestimmung ausreichend gesorgt. Wollte man den Schutz des Dritten noch weiter ausdehnen, so würde der Geschäftsherr leicht höchst unbillig gefährdet. Und die Rechtsordnung ist schliesslich nicht nur dazu berufen, den Verkehr zu schützen, sondern auch den lieben Frieden desjenigen, der ungestört seine Kreise zu ziehen wünscht: Neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit (l. 5 § 5 D. 39, I).

Der Verwalter eines Landguts, der wider die Instruktionen seines Herrn handelt, der Chef eines medizinischen Instituts, der sein Budget überschreitet, die Köchin, die statt 4 Pfund Fisch 5 Pfund einkauft,[33] sie können sich vielleicht darauf berufen, dass sie annehmen durften, der Prinzipal würde bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen, und dass mit dem Aufschub Gefahr verbunden gewesen sei (z. B. die Gefahr, dass die gekauften Gegenstände später nicht mehr oder nicht mehr so billig erhältlich sein würden) (BGB. 665). Sonst aber haften sie allerdings — falls nicht

33. Beispiele Biermanns!

nachträgliche Genehmigung erfolgt — als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach BGB. 179.

§ 5.

b) Vertretungsverhältnis und Geschäftsführungsverhältnis.

I. Die Vertretungsbefugnis bildet regelmässig nur einen Teil eines Rechtsverhältnisses, das zwischen Vertreter und Vertretenem geknüpft ist. Dieses kann mannigfacher Art sein: Auftrag, Dienst-, Werkvertrag, Gesellschaft, elterliche Gewalt, Vormundschaft, Konkursverwaltung, Nachlasspflege etc. Gemeinsam ist allen diesen, dass es sich stets um eine Geschäftsführung handelt. Dieses Geschäftsführungsverhältnis kann aber vorhanden sein, auch ohne dass ein Vertretungsverhältnis vorliegt.

Wenn ich jemanden beauftrage, für mich eine Briefmarke auf der Post zu kaufen, einen Brief damit zu frankieren und ihn in den Kasten zu werfen, so erwirbt er damit eine bestimmte Geschäftsführungsbefugnis, aber keine Vertretungsbefugnis. Wenn ein Uhrmacher seinen Gehilfen in die Wohnung eines Kunden schickt, mit dem Auftrage, dessen reparaturbedürftige Wanduhr in Ordnung zu bringen, so ist es ebenso. Hat ein Kaufmann seinem Prokuristen ausdrücklich untersagt, irgendwelche Rechtsgeschäfte für ihn vorzunehmen, lässt ihn aber gleichwohl im Innern des Geschäftes für ihn tätig sein, so hat der Prokurist zwar keine Vertretungsbefugnis (wenn auch, so lange keine Löschung im Handelsregister erfolgte, Vertretungsmacht!), wohl aber die Befugnis, in gewissen Grenzen für den Kaufmann Geschäfte zu führen.

Das Gesetz hebt bisweilen die Vertretungsbefugnis als ein speciale aus der Geschäftsführungsbefugnis als dem gene-

rale heraus oder stellt sie ausdrücklich nebeneinander, vgl. z. B. BGB. 1357 I 1, 714, 1630 I 1, 1793. — Vertretung ist aber stets auch zugleich Geschäftsführung, sie ist nur eine besonders energische species derselben. Andererseits dürfte es im Leben wohl kaum ein Vertretungsverhältnis geben, an das sich nicht zugleich Geschäfte knüpften, deren Führung keine Vertretung ist. Dies gilt für die gesetzliche Vertretung wie für die Vollmacht. Die Fürsorge des Vormunds für die Person und das Vermögen des Mündels erstreckt sich auf eine ganze Reihe von Handlungen, die keineswegs Abgabe oder Annahme einer Willenserklärung im Namen des Mündels sind, z. B. Aufbewahrung von Vermögensstücken, Erfüllung von Verbindlichkeiten[1] des Mündels. Einem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten pflegen Geschäfte tausenderlei Art obzuliegen, in denen sich keine Vertretung äussert: das Schreiben von rechtlich belanglosen Geschäftsbriefen, die Führung der Bücher, das Besorgen von Gängen, die Beaufsichtigung des Personals, der Hausdiener etc. Dies alles hat mit dem Vertretungsverhältnis nichts zu tun, sondern beruht allein auf dem Geschäftsführungsverhältnis.

Es lässt sich auch bei dem Geschäftsführungsverhältnis der Unterschied zwischen Geschäftsführungs*befugnis* und -*macht* machen, ohne dass dieser indes so bedeutungsvoll ist, wie der entsprechende Gegensatz beim Vertretungsverhältnis. Geschäftsführungsbefugnis liegt dann vor, wenn der gerens dem Dominus gegenüber zur Geschäftsführung berechtigt ist, Geschäftsführungsmacht dann, wenn der Dritte sich die Führung des Geschäfts als eines Geschäfts des Dominus gefallen lassen muss. Auch hier ist es möglich, dass

---

1. Falls darin keine Vertretung liegt. Dass dies der Fall sein kann, beweist schon BGB. 181. Insoweit aber in der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Willenserklärung nicht liegt (z. B. Naturalrestitution BGB. 249,1), liegt auch in der Erfüllung durch den gesetzlichen Vertreter keine Vertretung im technischen Sinne.

Können und Dürfen von einander abweichen, z. B. wenn der Ehefrau ein Schlüsselgewaltsgeschäft nur intern verboten wurde.

Die Geschäftsführungsbefugnis kann beruhen auf Rechtsgeschäft oder Gesetz. Eine gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis ist stets da vorhanden, wo wir eine gesetzliche Vertretungsbefugnis erkannt haben. Aber auch darüber hinaus ist sie bisweilen da gegeben, wo eine Vertretung überhaupt nicht vorliegt. Der Ehemann ist gesetzlich befugt, gewisse Geschäfte der Frau zu führen (vgl. BGB. 1376, 1377), niemals aber, sie ex lege zu vertreten. Der Erbe des vollmachtlosen Beauftragten, der das Geschäft, bis der Geschäftsherr Fürsorge treffen kann, wegen Gefahr im Verzuge fortsetzt (BGB. 673, 2), ist durch das Gesetz dazu befugt.

II. In dem Gegensatze zwischen den mannigfachen, sehr variablen Arten der Geschäftsführungsverhältnisse und den nur zwei konstanten formalen Vertretungsverhältnissen scheint uns auch der Schlüssel der Frage zu liegen, ob das Organ der juristischen Person Vertreter sei oder nicht.

Wir sind mit dem BGB. der Ansicht, dass auch das Organ „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ habe, wenngleich das Geschäftsführungsverhältnis, in dem es zu der juristischen Person steht, grundverschieden ist von dem des Vaters oder Vormunds.

Gegen die Vertretungstheorie im BGB. hat sich zuerst[2] mit Entschiedenheit Laband[3] gewandt. „Die Stellvertretungsbefugnis kraft Rechtsgeschäfts (Prokuristen, Bevollmächtigte, Testamentsvollstrecker) und die Stellvertretungsbefugnis kraft Gesetzes (Vater, Vormund, Ehemann (!)) gehören zusammen unter dieselbe begriffliche Kategorie und stehen

---

2. Vgl. auch Zitelmann Rechtsgeschäfte II, S. 80.

3. „Zum 2. Buch des Entwurfs eines BGB.“ im Arch. f. civil. Praxis Band. 73, S. 161 fg.

in einem gemeinsamen Gegensatz zu den Funktionen von Organen juristischer Personen“ (S. 188). Als Beispiel wird angeführt: es sei ein Unterschied, ob für eine Stadt ein Bürgermeister oder ein bevollmächtigter Rechtsanwalt handele.

Schlossmann[4] verteidigt die Gleichstellung von Organ und Stellvertreter, macht aber, auf seiner Theorie von dem Nichtbestehen einer formalen Vertretungsmacht als solcher fussend, keinen Unterschied zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Bevollmächtigten, so dass er, gegen das Labandsche Beispiel polemisierend, dem bevollmächtigten Rechtsanwalt die gleiche Stellung wie dem Bürgermeister zudiktiert (S. 312) — was offenbar nicht stimmt. Denn zwischen Organ und Bevollmächtigtem besteht ein lebhafter Unterschied, so gut wie zwischen dem Vormund und dem von ihm für den Prozess des Mündels bevollmächtigten Rechtsanwalt.

Preuss[5] wendet sich zwar erfolgreich gegen die Blössen Schlossmanns, führt aber für seine Ansicht, dass das Organ nicht Vertreter sei, keine überzeugenden Gründe ins Treffen. Sein Hauptargument ist: das Organ hat die Rechtspflicht zu handeln, der Vertreter nicht (S. 455 fg.). Dies scheint uns den Kern der Sache nicht zu treffen.

Denn ob der Vertreter nicht nur die Macht, sondern auch die Pflicht hat, zu handeln, ergibt sich nicht aus dem Vertretungsverhältnis, sondern aus dem zu Grunde liegenden Geschäftsführungsverhältnis. Dieses kann aber auch für den Bevollmächtigten eine Rechtspflicht zu handeln begründen. Das formale Vertretungsverhältnis dagegen ergibt nur eine Macht, nie ein Recht oder eine Pflicht (vgl. oben p. 60).

Andererseits kommt Preuss unserer Ansicht dadurch sehr nahe, dass er, in der Vormundschaft die „Rückbildung

---

4. In Jherings Jahrbücher f. Dogmatik Band 44, S. 289—330, „Organ und Stellvertreter“.

5. „Stellvertretung oder Organschaft“ ebenda S. 429—479.

einer ursprünglich sozialen Organschaft“ (S. 449) erkennend, Vormundschaft und Pflegschaft als „sozialrechtliche Institute korporativer Organisation“ (S. 457) ansieht. Er sieht also in dem Vormund gewissermassen ein Organ der Mündelinteressen oder des Mündels selbst. Die gleiche Stellung müssten wir dann aber auch dem Inhaber der elterlichen Gewalt zusprechen, für den die historische Herleitung aus der Organschaft allerdings wohl versagen würde. Wir hätten dann aber nur die Bezeichnung „gesetzlicher Vertreter“ mit der andern „Organ“ vertauscht, ein Tausch, durch den wir allerdings statt einer farblosen, sogar irreleitenden Benennung eine prägnante, wesensvollere gewonnen hätten, mit dem wir uns aber ausserhalb der Terminologie des BGB. stellen würden.

Unter Anlehnung an Preuss führt Dniestrzanski (S. 66/67) aus, dass ein scharfer Unterschied zwischen Bevollmächtigten einerseits, andererseits Mundwalt und Organen juristischer Personen bestehe. „Nur die äussere Form verbindet sie unter dem gemeinsamen Namen „Vertretung“; das innerliche Wesen beider ist aber ganz verschieden. Sie unterscheiden sich wie das privatwirtschaftliche Prinzip von dem gemeinwirtschaftlichen.“ Dies ist gewiss zutreffend, doch ist absolut nicht einzusehen, wie Dniestrzanski fortfahren kann: „Die Vertretungsmacht des Vaters, Ehemannes, Vormundes oder Kurators und die Befugnisse der Organe juristischer Organismen können daher nicht als direkte Stellvertretung aufgefasst werden.“ Dies ist um so weniger verständlich, als Dniestrzanski (S. 63) das juristische Wesen der direkten Stellvertretung darin sieht, dass die Folgen den Vertretenen unmittelbar treffen: „mit den unmittelbaren Folgen in der Person des Vertretenen steht und fällt die direkte Vertretung.“ Dass aber das Kind, das Mündel, die juristische Person durch Rechtshandlungen des Vaters, Vormunds, Vorstands unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden, wird Dniestrzanski nicht leugnen wollen.

Richtig ist allerdings, dass die ökonomische Stellung (S. 67) verschieden ist. Für die juristische Struktur muss das aber irrelevant bleiben.

Wenn wir also sagen: das Organ ist Vertreter, so ist damit nicht etwa bedeutet, dass dieses Bevollmächtigter sei,[6] sondern es ist eben „gesetzlicher Vertreter" d. h. es spielt im Prozess eine Art Parteirolle; es handelt aus eigener Initiative und nicht nach Weisungen des Vertretenen wie bei der Vollmacht; Direktiven empfangen kann es nur von einem etwaigen „Oberorgan" (der Mitgliederversammlung; dem Vormundschaftsgericht, dem Familienrat, BGB. 1872 I 1).

Enneccerus-Lehmann[7] lehren, der Vorstand einer juristischen Person sei streng genommen nicht Vertreter, sondern „Willensorgan". Wie die natürliche Person aus ihrem Willen, so hafte die juristische für ihre Organe. Dagegen hafte doch der Vertretene nicht für Delikte des Vertreters.

Hiergegen müssen wir sagen: Unter Vertretung wird im technischen Sinne nur Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen im Namen eines andern verstanden. Eine Vertretung in delinquendo existiert nicht.[8] So oft für Delikte eines Vertreters gehaftet wird, liegt der Rechtsg. und hierfür nicht in der Vertretung, sondern in andern Umständen, an die das Gesetz eine Haftung knüpft: z. B. befugte Erfüllung von Verbindlichkeiten durch einen andern (BGB. 278, vgl. unten § 7), Bestellung eines andern zu einer Verrichtung mit culpa in eligendo (BGB. 831). Die Haftung der juristischen Person für Delikte ihrer Organe resultiert daher nicht

---

6. Dieser Ansicht ist ausser Schlossmann auch Mitteis, der (S. 192, No. 223) im Gegensatz zum ROHG. V. 48 annimmt, der Vorstand einer Genossenschaft bestände aus gewöhnlichen Bevollmächtigten; ferner Biermann S. 17.

7. I, S. 82, 94, No. 2, 98, 216. No. 3.

8. Abgesehen von der (rechtsgeschäftlichen) culpa in contrahendo.

aus deren Vertretungsbefugnis. Sie beruht vielmehr ganz allein auf dem eigenartigen, sozialrechtlicher Regelung unterstehenden Geschäftsführungsverhältnis, in dem die juristische Person zu ihrem Organe steht, und bildet in diesem Verhältnis ein essentiale, so gut wie die formale Vertretungsmacht der Organe. Diese formale Vertretungsmacht ist aber materiell-rechtlich wie im Prozess genau die gleiche wie die formale Vertretungsmacht des Mundwalts.

§ 6.

IV. Materiellrechtliche Besonderheiten der gesetzlichen Vertretung und der Vollmacht.

I. Eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Vertreters soll nach BGB. 165 die Wirksamkeit einer von ihm oder ihm gegenüber abgegebenen Willenserklärung nicht beeinträchtigen.

In der II. Kommission[1] ist der Vorschlag gemacht worden, diese Wohltat auf den Bevollmächtigten zu beschränken, die gesetzlichen Vertreter aber auszunehmen. Dieser Vorschlag scheint uns im innersten Grunde berechtigt. So zweckmässig es ist, dem römischen Recht zu folgen, das einen pupillus institor zuliess, weil jeder sich ja seinen Bevollmächtigten selbst aussuchen kann[2] (vgl. oben p. 60/61), so unzweck-

1. Vgl. Prot. I, S. 285/7.

2. Beschränkte Geschäftsfähigkeit der Ehefrau tut deshalb auch der Schlüsselgewalt noch keinen Abbruch, so Planck IV, S. 85, No. 1, zu 1357, Rosenfeld S. 23, Stern S. 64. Wieruszowski I, S. 44, No. 28, sieht nicht ein, wie man die Bejahung der Frage, ob die beschränkt geschäftsfähige Frau nicht zu jeder Geschäftsbesorgung nach BGB. 106 der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters bedürfe, ablehnen könnte. Aber auch das minderjährige Dienstmädchen bedarf dieser nicht zu jeder Geschäftsbesorgung sondern nur zur Eingehung des Dienstbotenverhältnisses.

mässig muss es sein, demjenigen, der für sich selbst nicht rechtlich handeln kann, die Macht zu geben, eine andere Person in einem regelmässig ja weiten Umfange zu vertreten, ohne dass diese daran etwas ändern könnte.

Im Einzelnen stellt sich nun aber unser bürgerliches Recht fast durchgängig auf den Standpunkt, dass nur ein unbeschränkt Geschäftfähiger gesetzlicher Vertreter sein kann. Der Inhaber der elterlichen Gewalt muss stets voll geschäftsfähig sein, um die Berechtigung zur gesetzlichen Vertretung zu haben (BGB. 1676), diese fehlt deshalb der minderjährigen Mutter, deren elterliche Gewalt ruht (BGB. 1696). Ebenso muss der Testamentsvollstrecker voll geschäftsfähig sein (BGB. 2201).

Dagegen verbietet nur eine Soll-Vorschrift[3] die Bestellung eines Minderjährigen oder unter vorläufige Vormundschaft Gestellten[4] zum Vormund.[5] Hiermit ist zum Ausdruck gebracht, dass eine gleichwohl, etwa versehentlich erfolgte Bestellung giltig sein solle. Dies muss gleichmässig für das Verhältnis des Vormunds zum Mündel wie für die Vertretungsmacht gelten. Der Antritt der Vormundschaft ist keine Willenserklärung — zu einer solchen bedürfte der Minderjährige der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, BGB. 107 — sondern der Staat überträgt durch einen Hoheitsakt, eine einseitige Willenserklärung, dem Vormund ein öffentliches Amt.[6] Die Pflichten, die der Vormund über-

---

3. Dies übersieht Hellmann S. 106, der den Satz, dass der gesetzliche Vertreter nicht beschränkt geschäftsfähig sein darf, als allgemein geltend ausspricht.

4. Anders beim Entmündigten: „kann nicht“ vgl. BGB. 1780. 1885 I.

5. Anders (absolute Unfähigkeit!) im justinianeischen Recht: „cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire“ (§ 13, J. 1,25); vgl. auch l. 5 Cod. 5,30.

6. Vgl. Jsay S. 16/17.

nimmt, resultieren nicht aus seiner Bereitheit, das Amt zu übernehmen, sondern aus dem Gesetze.

Es würde also ein Minderjähriger, der versehentlich zum Vormund bestellt wäre, nach innen und nach aussen genau wie ein Volljähriger fungieren können. Ja wir müssten ihm auch die Fähigkeit zusprechen, Prozesse des Mündels zu führen. Sobald freilich seine Minderjährigkeit beim Vormundschaftsgericht notorisch wird, muss er entlassen werden (BGB. 1886).

Ob dies je praktisch werden wird, scheint uns sehr fraglich. Die Vormundschaftsgerichte pflegen sich ihre Leute doch wohl so genau anzusehen, dass sie keinen minderjährigen Vormund bestellen.

Gleichwohl hielt es die Mehrheit der II. Kommission für nötig, speziell mit Rücksicht auf diesen Fall dem § 165 die vorgeschlagene Fassung nicht zukommen zu lassen. Sie sah darin eine „Gefährdung der Verkehrssicherheit." Ob nicht eigentlich einem Mündel durch einen minderjährigen Vormund noch grössere Gefahr droht?

Ebenso wird es sein, so oft von Amtswegen ein Vertreter für ein selbständiges Sondervermögen bestellt wird: Der Konkursverwalter, Nachlasspfleger, Zwangsverwalter wird wohl kaum je minderjährig sein.[7] Sollte es doch vorkommen, so wären seine Vertretungshandlungen verbindlich.

Anders steht es dagegen, wenn ein Organ einer juristischen Person oder eines selbständigen Sondervermögens von Personenverbänden seine Stellung nicht einem öffentlichen Akte sondern einem Vertrage (Gesellschaftsvertrag oder satzungsgemässe Bestellung) verdankt. Ist hier der Vertreter minderjährig, so erwirbt er doch gemäss BGB. 165 die Vertretungsmacht,[8] hingegen bedarf das Geschäftsfüh-

---

7. Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt!
8. A. M. Staudinger I, § 165, E. 2.

rungsverhältnis zur Giltigkeit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Endemann (I S. 396 N. 21) meint, für den Vorstand einer juristischen Person würde BGB. 165 schwerlich je praktisch werden, doch halten wir das hier weit eher für möglich als beim Vormund, z. B. bei einer Studentenkorporation.[9]

Es muss demnach ein 19jähriger Student, der zur selbständigen Erledigung seiner eigenen Angelegenheiten rechtlich nur beschränkt befähigt ist, dem die Prozessfähigkeit, soweit nicht die Ausnahme von CPO. 52, I reicht, für seine eigene Person nicht gegeben ist, imstande sein, seine Verbindung im Rechtsverkehr und vor Gericht zu vertreten — im Interesse der Verkehrssicherheit.

II. Den Streit der Theorien über das Wesen der Vertretung, dessen theoretischen Kernpunkt die Frage bildete: wer ist Kontrahent, Vertreter, Vertretener oder beide, und aus dem sich dann als praktische Hauptkonsequenz die Ungewissheit ergab, in wessen Person Willensmängel und zurechenbare Kenntnis wie verschuldete Unkenntnis von Umständen relevant werden sollen — diesen Streit hat das BGB. dahin entschieden, dass es sich prinzipiell der Repräsentationstheorie anschloss, die die Person des Vertreters als massgebend erkannte. Aber eine praktisch ungeheuer wichtige Ausnahme durchbricht das Prinzip: „Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht" (BGB. 166 II).

Nicht in allen Fällen der Vertretung will das BGB. demgemäss dem Geschäftsherrn seine Teilnahme am Zustande-

9. Vgl. Staudinger a. a. O.

kommen des Geschäftswillens zurechnen, sondern nur bei der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht.

Dies werden wir unbedenklich auf die Fälle unserer „gesetzlichen Vollmacht" auszudehnen haben. Kauft die Frau z. B. eine mangelhafte Sache nach Weisung ihres Mannes, der die Mängel kannte, so kann sich der um Zahlung des Kaufpreises angegangene Ehemann nicht auf die Unkenntnis der Frau berufen (vgl. BGB. 460, 1).[10] Das Gleiche wird zu gelten haben, wenn etwa der nach BGB. 1910 bestellte Pfleger nach Weisung des Gebrechlichen eine mangelhafte Sache kauft.

Dies ist — genau besehen — nicht einmal eine extensive Interpretation von BGB. 166, II. Denn unsere „gesetzliche Vollmacht" beruht ja auf der Vermutung, dass eine wirkliche Einwilligung des Geschäftsherrn vorliegt, wenn diese auch nicht Voraussetzung für ihr Zustandekommen ist. So oft aber ein Handeln nach bestimmten Weisungen vorliegt, ist notwendig auch die Einwilligung vorhanden, die Vertretungsmacht also abgesehen von ihrer objektivierten Grundlage rechtsgeschäftlich erteilt.

III. Die Vorschrift BGB. 174, nach der ein Dritter, demgegenüber ein Bevollmächtigter ein einseitiges Rechtsgeschäft vornimmt, das Recht hat, das Rechtsgeschäft unverzüglich zurückzuweisen, sofern nicht der angeblich Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde vorlegt oder der Vollmachtgeber den Dritten von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat, findet auf den gesetzlichen Vertreter keine Anwendung. Dieser kann innerhalb seiner Vertretungsmacht ein einseitiges

10. Zustimmend Wieruszowski I, S. 46, No. 36. A. M. Stern S. 81, ferner implicite (mit Bewusstsein?) alle diejenigen, die die Ehefrau als „gesetzlichen Vertreter" des Mannes bezeichnen und dann vorbehaltslos erklären, BGB. 166 II, sei auf „gesetzliche Vertreter" nicht anzuwenden. z. B. Endemann I, S. 392,93 No. 4, und S. 396 No. 20. Goldmann-Lilienthal I, S. 198 No. 2, und S. 202, No. 15. Fischer-Henle vor 164 nnd 166 E. 5, Neumann I, S. 158, und § 166 E. 7, Cosack I, S. 240, u. II, S. 491.

Rechtsgeschäft vornehmen, ohne dass von ihm irgend eine Legitimation gefordert werden könnte. Hier ist der Dritte ja stets in der Lage, sich davon zu überzeugen, ob die Vertretungsmacht vorhanden ist — nötigenfalls kann er zur ultima ratio, einem Gang aufs Gericht —, seine Zuflucht nehmen (vgl. FGG. § 34).

Hellwig[11] vertritt die Ansicht, der § 174 sei auf gesetzliche Vertreter insoweit anzuwenden, „als es sich um solche handelt, welche durch obrigkeitliche Anordnung bestellt worden sind, ohne dass die Bestellung öffentlich bekannt gemacht wurde oder dem Schuldner sonstwie bekannt geworden war." Es werde z. B. der Dritte von dem als Vormund auftretenden Vertreter Vorlegen der „Bestallung" (BGB. 1791) fordern können. Dem gegenüber müssen wir aber daran festhalten, dass die Bestallung keine Vollmachtsurkunde darstellt, sondern lediglich ein richterliches Zeugnis.[12] Wer nach Beendigung der Vormundschaft diese Bestallung noch in Händen hat, wer sie, ohne Vormund zu sein, besitzt, hat deshalb noch keine Vertretungsmacht. Der Dritte wird deshalb die Vorlegung so wenig verlangen können, wie er durch die erfolgte Vorlegung geschützt wird.

Anders steht es freilich in den Fällen BGB. 1831, 1832, 1643, III. Hier steht dem Dritten ein unverzügliches Zurückweisungsrecht zu, wenn der gesetzliche Vertreter ihm gegenüber ein einseitiges, seitens des Vormundschaftsgerichts (bezw. des Gegenvormunds) genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft vornimmt, ohne die Genehmigung in schriftlicher Form vorzulegen. Doch ist dies juristisch in soweit von BGB. 174 verschieden, als hier nicht die Einwilligung des Vertretenen oder überhaupt das Vorhandensein der Vertretungsmacht beurkundet wird, sondern ein zweiter, selb-

11. Anspruch S. 360.
12. Vgl. Dernburg IV, S. 348 auch Cosack I, S. 237.

ständiger, rechtsgeschäftlicher Wille, der zu dem des Mundwalts „addiert“ werden muss.[13]

Wie ein gesetzlicher Vertreter wird in dieser Beziehung der Pfleger eines Abwesenden, Unbekannten oder Gebrechlichen zu behandeln sein. Auch er erhält keine Vollmachtsurkunde, und seine Bestallung vermag eine solche nicht zu ersetzen.

Der Dritte kann die Vorlegung nur verlangen, wenn die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt, und er nicht in Kenntnis gesetzt worden ist. Er kann sich so eine objektivierte Grundlage für die Vertretungsmacht sichern lassen.

Wie ist es, wenn die objektivierte Grundlage auf andere Weise gesichert ist? Es soll genügen, „wenn der Vollmachtgeber den andern von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte“ (BGB. 174). Dies ist offenbar dann der Fall, wenn er die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem andern erteilt hat oder ihm diese besonders mitgeteilt hat. Dagegen ist mit der öffentlichen Bekanntmachung an sich der Dritte noch nicht in Kenntnis gesetzt.[14] Er braucht sie ja nicht gelesen zu haben. So oft er tatsächlich Kenntnis von ihr genommen hat, wird ihm das Zurückweisungsrecht nicht gebühren. Man wird auch dem Bevollmächtigten zugestehen müssen, dass er der Kenntnis etwas nachhilft, etwa indem er ein Exemplar des Zeitungsblattes, in dem seine Bevollmächtigung veröffentlicht wurde, auf den Tisch legt oder zutreffenden Falls auf das Handelsregister verweist.

Nicht anders ist es mit der Ehefrau im Gebiete ihrer Schlüsselgewalt. Die Tatsache, dass eine bestimmte Frau

---

13. Vgl. über den Gegensatz schon Laband Zschr. f. Handelsr. X, S. 193.

14. Deshalb wohl ist Zitelmann Allg. Teil (S. 122) der Ansicht, dass auf „die vollmachtähnliche Vertretungsmacht“ BGB. 174 Anwendung finde.

Ehefrau ist, wird vom BGB. als etwas so allgemein bekanntes vorausgesetzt,[15] dass sie auf dem Gebiete der Schlüsselgewalt, ohne irgendwie publiziert zu sein, jedem Dritten gegenüber wirkt. Hat die Frau nicht ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben, dass sie n i c h t im Namen ihres Mannes handeln wolle, so kann selbst die unverschuldete Unkenntnis des Dritten diesen nicht vor der Vertretungswirkung retten (BGB. 1357, I 2). Deshalb wird anzunehmen sein, dass der Ehemann, um die Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte der Frau, die in das Gebiet der Schlüsselgewalt fallen, in seinem Namen zu ermöglichen, nicht erst eine Urkunde auszuteilen oder dem Dritten in Kenntnis zu setzen braucht. Es wäre sehr sonderbar, wenn sich etwa das Dienstmädchen bei der Kündigung durch die Frau auf BGB. 174 steifen könnte.

So oft die „gesetzliche Vollmacht" sich auf den Besitz einer Urkunde stützt, ist ja schon dadurch ermöglicht, dem Erfordernis von BGB. 174 zu genügen. Diese Wirkung hat der Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung für den Gerichtsvollzieher nach CPO. 754/5, der Eintragungsbewilligung für den Notar nach GBO. 15 etc., des Wechsels für dessen Besitzer nach WO. 29, II 2.

Fraglich könnte die Anwendung von BGB. 174 in den Fällen werden, wo die Vertretungsmacht vom Gesetz an ein Geschäftsführungsverhältnis geknüpft wird. Wenn der geschäftsführende Gesellschafter (Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins) die Miete des Gesellschafts-(Vereins-)Lokals, das im Namen der Gesellschafter (des Vereins) gemietet wurde, dem Gastwirt kündigt, kann dieser dann Vorlegung einer Urkunde verlangen?[16] Kann vom Reisenden, der wegen Zahlung des Kaufpreises mahnt (HGB. 55, II), Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangt werden?

---

15. Vgl auch BGB. 1404.
16. Weitere Fälle z. B. BGB. 1450. HGB. 54.

In diesen Fällen muss sich der Dritte wohl damit begnügen, dass ihm derjenige, der die Vertretungsmacht behauptet, nachweist, ihm stehe die fragliche Geschäftsführungsbefugnis zu, an die die Vertretungsmacht sich ipso jure anknüpft, er sei beispielsweise geschäftsführender Gesellschafter, Vorstand des nicht-rechtsfähigen Vereins, Reisender des X.

Dass dieser Nachweis ihm aber im einzelnen Falle geführt wird, wird der Dritte entsprechend hier nicht verlangen können, wenn er schon vorher in Kenntnis davon gesetzt war, etwa schon früher mit dem Reisenden, dem Vorstand des nicht-rechtsfähigen Vereins Geschäfte abgeschlossen hatte.

IV. Wenn eine geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Person ohne gesetzlichen Vertreter ist, so wird der Ablauf der Verjährung gegen sie aufgeschoben (BGB. 206). Der zu Grunde liegende Rechtsgedanke ist der, dass ein Rechtssubjekt, dem die rechtliche[17] Fähigkeit mangelt, seine Interessen geltend zu machen, nicht durch die Verjährung der ihm zustehenden Ansprüche in unverschuldeter Weise benachteiligt werden solle. In folgerichtiger Anwendung dieses Gedankens dehnte § 166 des I. Entwurfs diesen Schutz auf die juristischen Personen aus, die ohne gesetzlichen Vertreter sind, weil er ihnen „ihrer rechtlichen Natur nach zu gewähren“[18] sei.

In der zweiten Kommission wurde aus theoretischen und praktischen Gründen[19] beschlossen, diese Ausdehnung aufzuheben.

Der theoretische Grund war der, dass dieser Schutz der juristischen Personen keineswegs in der „Natur der Sache“

---

17. Anders, wenn nur eine tatsächliche Unfähigkeit vorliegt, daher gilt dies nicht für den Abwesenden; vgl. Motive I, S. 321.

18. Motive a. a. O.

19. Vgl. Protokolle S. 441, fg.

liege, sondern nur „eine Nachwirkung der von der neueren Gesetzgebung aufgegebenen Lehre von der Allgemeingiltigkeit der privilegia fisci für alle juristischen Personen“ sei.

Hiergegen wäre zu bemerken, dass die Vorschrift des § 206 kein Privileg im Sinne einer bevorzugenden Rechtsnorm darstellt,[20] sondern nur den Zweck und die Wirkung hat, dass eine Unbilligkeit vermieden wird, die durch die Geschäftsunfähigkeit des Minderjährigen sonst hervorgerufen würde.

Stichhaltiger scheint die praktische Begründung. Minderjährige sind nicht in der Lage, den Mangel eines gesetzlichen Vertreters selbständig zu ersetzen. Dagegen kann ein Verein sich jederzeit ein neues Organ wählen, in dringenden Fällen kann ihm auf Antrag eines Beteiligten ein solches gerichtlich bestellt werden, bei einer Stiftung wird die staatliche Aufsicht das Vorhandensein einer Vertretung gewährleisten (vgl. BGB. 29, 86).

Gegen das letzte Argument liesse sich einwenden, dass es ebensogut für die unter staatlicher Aufsicht stehende Vormundschaft passen würde. Ferner kann ein Verein in die Lage kommen, unverschuldet einen Vorstand zu entbehren.

De lege lata lässt jedenfalls der Wortlaut von BGB. 206 eine Anwendung auf die juristischen Personen nicht zu, denn diese sind weder geschäftsunfähig noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Für eine Anwendung per analogiam haben wir in der von uns benutzten Literatur keine Neigung gefunden.

BGB. 207 gibt eine analoge Vorschrift, aber mit Ausdehnung auch auf die Verjährung der Passivansprüche, für ein selbständiges Sondervermögen, das ohne gesetzlichen

---

20. Wie z. B. für den Fiskus das Konkursprivileg, der Eigentumserwerb kraft des jus fisci nach BGB. 928, II, 1936, der gemeinrechtliche Satz: fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit.

Vertreter ist, u. z. den Nachlass. Die Bestimmung findet in demselben Grunde wie BGB. 206 ihre Berechtigung.

Für die übrigen selbständigen Vermögensmassen existiert eine solche Vorschrift nicht. Soweit hier die Selbständigkeit durch eine gerichtliche separatio bonorum hervorgerufen ist, wäre sie auch unzweckmässig. Die Konkursmasse, die einer Zwangsverwaltung nach BGB. 1052, 2128, ZVG. 150 fg., StrPO. 332 fg. unterliegenden Vermögensmassen erhalten von Amtswegen sofort einen Verwalter. Dagegen dürfen wir wohl BGB. 207 analog für ein herrenloses Grundstück anwenden, an dem der Aneignungsberechtigte sein Recht nicht ausübt. Ist dieses unvertreten, so wird man z. B. die Verjährung einer Reallastquote, die dem Grundstück zustände (BGB. 1105, II), nicht ablaufen lassen. Richtet sich der Anspruch jedoch g e g e n das Grundstück, so ist BGB. 207 nicht analog anzuwenden, denn CPO. 58 gibt dem Gläubiger eine ausreichende Handhabe, zu seinem Recht zu kommen, dadurch, dass er die Bestellung eines Vertreters für das Grundstück herbeiführen kann (ähnlich wie CPO. 57 für den Gläubiger des nicht voll Geschäftsfähigen).

Vorausgesetzt ist für BGB. 206 wie 207 der Mangel einer gesetzlichen Vertretung. Es genügt nicht, dass eine sonstige Vertretung vorhanden ist. Wenn etwa der Vormund für das Erwerbsgeschäft des Mündels einen Prokuristen bestellt hat und gestorben ist, so ist zwar ein Vertreter des Mündels vorhanden, gleichwohl greift BGB. 206 Platz, auch wenn es sich um einen Anspruch handelt, der zu dem Erwerbsgeschäft gehört. Denn der Prokurist ist ja nicht in gleicher Art und in gleichem Umfang zur Interessenvertretung des Mündels befugt und verpflichtet, wie der Vormund.[21]

---

21. Vgl. Protokolle I, S. 442.

§ 7.

V. Die Haftung für den „gesetzlichen Vertreter" in BGB.

BGB. 278 lautet: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden."

Wir finden hier den „gesetzlichen Vertreter" in eigenartiger Gesellschaft. Er ist den Personen gleichgestellt, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Der Schuldner soll ein Verschulden dieser wie jener zu vertreten haben. Es fragt sich, wie diese Gegenüberstellung zu erklären sei.

Nussbaum (S. 48) und ihm folgend Dernburg II 1 S. 158 No. 3 nehmen an, es handele sich hier um eine Kompromissvorschrift, ein innerer Zusammenhang sei nicht vorhanden.

Dies kann die Entstehungsgeschichte von BGB. 278 erklären, aber nicht seine Bedeutung.

Aehnlich erklärt Endemann I S. 656 No. 15:

„Die Gleichstellung der gesetzlichen Vertreter in § 278 mit den Hilfspersonen ist bloss äusserlich," und die Monographieen über BGB. 278[1] behandeln demgemäss meist[2] ausschliesslich die Haftung für „Hilfspersonen", indem sie die für den gesetzlichen Vertreter als durchaus verschieden ausschalten.[3]

Wir müssen doch aber auch erkennen, dass, dem Sinne

---

1. Nussbaum, Asmis, Wertheimer, Hoffmann, ferner Redlich „Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient". Diss. 1901, Schütz „Die Haftung für das Verschulden von Gehülfen" Diss. 1901.

2. Anders nur, durch die Stellung des Themas bedingt, die Berliner Preisarbeiten von Feder und Blau.

3. Vgl. z. B. Redlich S. 44, No. 1, Hoffmann S. 13,

der Vorschrift nach, der Schuldner für ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters nur dann haftet, wenn dieser eine Verbindlichkeit für ihn erfüllt, nicht etwa bei jeder in seinen Tätigkeitskreis fallenden Verrichtung für ihn (wie BGB. 31).[4]

Wenn demgemäss der gesetzliche Vertreter die Vertretung nur rücksichtlich eines Teiles des Vermögens hat, (z. B. nach BGB. 1909 I 2), so tritt die Haftung nur ein, wenn die Verbindlichkeit zu dem betreffenden Teil gehörte.[5]

Der Bevollmächtigte ist in BGB. 278 aus gutem Grunde nicht genannt. Denn es kann sich zwar der Schuldner auch eines Bevollmächtigten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedienen.[6] Er haftet dann aber für dessen Verschulden hierbei, weil er sich seiner als Hilfsperson bediente, und nicht, weil er ihn bevollmächtigt hat.

Die Erwähnung des gesetzlichen Vertreters hingegen ist durchaus nicht überflüssig.[7] Denn man kann unmöglich sagen, dass sich das geschäftsunfähige Mündel des Vormunds „bediene". Vielmehr kann sich nur bedienen, wer auch handeln kann.

Können wir den bisher benutzten Begriff des „gesetzlichen Vertreters" auch für BGB. 278 anwenden? Zur Beantwortung müssen wir uns vergegenwärtigen, welchen Rechtsgedanken die Vorschrift zum Ausdruck bringt.

Häufig wird die Haftung in BGB. 278 als „Haftung für den objektiven Erfolg" aufgefasst. Sie scheint uns am deutlichsten in folgenden drei Sätzen von Enneccerus[8] krystallisiert: „Wer eigne Leistung schuldet, schuldet eigne sorgfältige Leistung. Wer fremde Leistung schuldet, schuldet

4. Vgl. Dernburg II, 1. S. 157; Feder S. 79.
5. Vgl. Planck zu 278, E. 1.
6. A. M. unbegründet Schütz S. 13/14.
7. Wie Blau S. 14 u. 22 behauptet.
8. Enneccerus-Lehmann I, S. 478/9. Ihm folgen direkt Asmis S. 56 fg., Blau S. 45 fg.

fremde sorgfältige Leistung. Wer aber, wie dies gewöhnlich zutrifft, eine Leistung schuldet, die durch eine von vornherein nicht bestimmte Person erfolgen soll, der haftet für sorgfältige Leistung dessen, durch den er die Leistung bewirkt."

Diese Theorie beruht auf dem vom BGB. nicht anerkannten Erfolgsprinzip. Wer nach BGB. eine Leistung schuldet, schuldet alle Sorgfalt (sofern nicht besondere Milderung oder Verschärfung vorgesehen ist). Ist trotz dieser die Leistung unmöglich, so haftet er nicht. Der Verpflichtung zur Bewirkung fremder Leistung müsste demnach schon dann genügt sein, wenn auch die leiseste culpa in eligendo vermieden wäre. Wollte man das (objektive) Erfolgsprinzip als besondere, in BGB. 278 zur Geltung gelangte Ausnahme von dem regelmässigen (subjektiven) Sorgfaltsprinzip ansehen, so wäre diese Ausnahme zu begründen. Es ist aber nicht angängig, jenes Prinzip als Grundprinzip in das BGB. einführen zu wollen.[9]

Cosack (I S. 254, 258) und Eck (S. 199) nennen die Haftung aus BGB. 278 Haftung für Zufall. Warum aber gerade für diesen „Zufall" gehaftet wird, wird nicht erklärt.

---

9. Aehnliches muss gegen die „Theorie der technischen Arbeitskraft" Wertheimers (S. 28—31) eingewandt werden, die Feder (S. 31, No. 1) zutreffend als „originell, aber schwerlich haltbar" bezeichnet. Wertheimer führt aus, „dass diese Haftung für Kasus darauf beruht, dass der Geschäftsherr ein genus" (eine nur generisch bestimmte Arbeitskraft) „schuldet und deshalb wie alle anderen Gattungsschuldner (BGB. 243) trotz eines unverschuldeten Irrtums bei der Auswahl für die Gattungseigenschaften" (die sich aber im konkreten Fall bewähren müssen) „des ausgesonderten und geleisteten (!) Individuums haftet". Abgesehen davon, dass ausserhalb eines Werkvertrages (auf den sich auch die Beispiele Wertheimers S. 29 u. 30 beschränken) diese Konstruktion unmöglich wird, würde das Sorgfaltsprinzip des BGB. (ausdrücklich BGB. 243 II) auch dann nur Haftung für culpa in eligendo rechtfertigen.

Feder (S. 32/33) will die Haftung für das Verschulden von Hilfspersonen aus wirtschaftlichen und sozialpädagogischen Gründen erklären. Richtig ist nun zweifellos, dass im allgemeinen der Arbeitgeber wirtschaftlich stärker ist als der Arbeiter, und richtig ist auch, dass die einmal statuierte Verantwortlichkeit des Arbeitgebers diesen anspornen wird, seine Arbeiter vorsichtig auszuwählen und zu behandeln. (Vielleicht allerdings auch zu vorsichtig und das ist bedenklich: denn er wird sich am Ende Mühe geben, seine Haftung nach aussen durch interne Massregeln wieder wettzumachen, und er ist für den mittellosen Arbeiter sicherlich ein gefährlicherer Gläubiger, als der Dritte, der nicht die Möglichkeit hat, sich durch Entlassung, Lohnkürzung etc. schadlos zu halten.) Es reichen aber ökonomische Gründe allein, abgesehen davon, dass ihre Voraussetzungen nicht immer zuzutreffen brauchen, zur rechtlichen Fundierung eines Satzes nicht aus. Verantwortlichkeit kennt das BGB. im allgemeinen nur da, wo Verschulden vorliegt. Die Ausnahme BGB. 829, die auf die „Verhältnisse der Beteiligten" Rücksicht nimmt, kann auf andere Fälle unverschuldeter Schadenszufügung nicht erweitert werden.[10] Die Haftung für den gesetzlichen Vertreter lässt ferner eine ökonomische Begründung nicht zu. Feder (S. 79) sieht sich daher genötigt, sie anders zu erklären: „Das privilegium odiosum der Haftung ist das notwendige Aequivalent für die Rechtswohltat der gesetzlichen Vertretung".[11] Abgesehen davon, dass dies viel zu allgemein ist, um eine Erklärung zu sein (man könnte es ebensogut von den Hilfspersonen, den rechtsgeschäftlichen Vertretern, den Organen sagen), würde es im Widerspruche zu Feders (u. E. richtiger) Ansicht stehen, dass die Gleichstellung der beiden Personenklassen nicht bloss äusserlich sei (vgl. S. 35, S. 79 No. 2).

10. Vgl. Wertheimer S. 25.

11. Uebereinstimmend Endemann I. S. 656; Schollmeyer zu 278.

Den richtigen Weg zur Erklärung findet u. E. Isay.[12] Er sieht die Haftung aus BGB. 278 als „Gestionshaftung" an. „Damit ist ausgedrückt, dass Haftungsgrund lediglich das Moment der Gestion ist, und dass es als solches hier wie überall die Kraft hat, die Rechtswirkungen des Tatbestandes, dessen Teil es ist, der Person des Dominus zu vermitteln" (S. 380).

Wer für einen andern ein Geschäft führt, erzeugt für ihn Rechtswirkungen auch ausserhalb der Stellvertretung. Wer für einen andern befugtermassen eine Verbindlichkeit erfüllt, erzeugt für seinen Herrn die Wirkung, dass der Dritte nunmehr diese Verbindlichkeit als erfüllt gelten lassen muss. Trifft ihn dabei ein Verschulden, so wirkt auch dies Verschulden aus seiner Person zurück auf die des Dominus.

Gegen Isays Erklärung kann nicht eingewendet werden,[13] dass die Voraussetzung Isays die „Gestion" sei, „ein selbständiges Rechtsinstitut mit eigenartigen Wirkungen" (S. 3), und dass diese Voraussetzung dem Gesetze nicht entspreche. Ob eine zwingende Notwendigkeit vorliegt, die innerlich so unendlich verschiedenen Formen der Geschäftsführung unter einheitliche Sätze zu bringen,[14] können wir hier ganz auf sich beruhen lassen. Nach aussen hin sind

---

12. Zustimmend Leonhard, Krit. Vierteljahrsschrift Band 44, S. 427. Hoffmann, der auf 72 Seiten (S. 32—105) eine Kritik der „Theorien über den Grund der objektiven Gehülfenhaftung" gibt, übergeht Isays 2 Jahre vorher in der „Geschäftsführung" dargelegte Theorie mit Stillschweigen.

13. Wie das Blau (S. 45) tut, der Isay überhaupt gänzlich misszuverstehen scheint.

14. Dagegen Dniestrzanski S. 69/70. Der von Isay (S. 4) für seine Untersuchung als Anlass angeführte Fall, in dem ein Geschäftsführungsverhältnis keine gesetzliche Regelung gefunden hätte, nämlich die Stellung des Konkursverwalters in KO. 127, kann uns nicht schrecken. Denn wir vermögen nicht einzusehen, weshalb es erst weitläufiger Deduktion bedürfen soll, um ihm die Stellung zu gewähren, die er sonst nach KO. 78 fg. auch hat. Zustimmend Leonhard S. 409

aber einheitliche Wirkungen der Geschäftsführung unverkennbar. Ist die Geschäftsführung mit Vertretungsmacht verbunden, so ist dies ja allgemein anerkannt. Der Grundsatz von BGB. 278 gilt aber für die vollmachtlose Geschäftsführung, wie für die mit Vertretungsmacht. Der Geschäftsherr haftet für ein Verschulden des befugten Geschäftsführers, sofern sich dies bei Erfüllung einer Verbindlichkeit des Geschäftsherrn ereignet hat. Hiermit ist sowohl der gesetzliche Vertreter wie die Hilfsperson umfasst. Der Schuldner haftet nicht nur für ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, sondern auch der Personen, die durch das Gesetz ermächtigt sind, seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

Ganz Aehnliches spricht auch en passant Feder einmal (S. 35) aus. „Es handelt sich um eine Haftung des Schuldners für die Personen, die befugterweise zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit tätig werden, sei es mit seinem Willen (Hilfspersonen), sei es ohne seinen Willen (der gesetzliche Vertreter).“

Aber weder Isay noch Feder denken diesen Satz zu seinen vollen Konsequenzen aus. Denn wenn der gesetzliche Vertreter Verbindlichkeiten des Vertretenen erfüllt, so bleibt er Vertreter nur „dem Namen nicht der Funktion nach.“[15] Es ist nicht richtig, dass er sein Mündel etc. „bezüglich der Erfüllung seiner Schuldverbindlichkeiten zu vertreten“ hat.[16] Er handelt dann zwar als Mundwalt, Organ etc. aber nicht als gesetzlicher „Vertreter“, sondern als gesetzlich befugter „Geschäftsführer“.

Aber man kann auch vom Gesetz zur Erfüllung fremder

---

15. Feder S. 79.

16. So Schollmeyer zu 278, E. 1, a. Dagegen Endemann I, S. 656, No. 14: „Die Vertretung im echten Sinne hat mit der hier verhandelten Frage nichts gemein“, ebenso Nussbaum S. 44; Blau S. 22; Vgl. auch Motive II, S. 29.

Verbindlichkeiten ermächtigt sein, ohne deshalb, auch nur dem Amte oder Namen nach, „gesetzlicher Vertreter" desjenigen zu sein, dessen Verbindlichkeiten man erfüllt (vgl. oben p. 74)!

Mit Erstreckung auf diese Personen — das möchten wir behaupten — ist die Vorschrift des § 278 ausdehnend zu interpretieren. Nur so passen die beiden Personenkreise genau ineinander und ordnen sich sachgemäss einem höheren Begriff, dem des „zur Erfüllung von Verbindlichkeiten eines andern Ermächtigten" unter.

Dem verschliessen sich freilich Dernburg I S. 472/3 und die Kommentare von Planck (zu 278 El), Staudinger (zu 278 E2), Schollmeyer (zu 278 Ela). Sie wollen nur beim Mundwalt und Vorstand einer juristischen Person BGB. 278 eingreifen lassen.[17]

Weiter geht Goldmann-Lilienthal. Er erstreckt die Haftung auch auf die Ehefrau im Bereich der Schlüsselgewalt, die er als „gesetzlichen Vertreter" ansieht.[18] Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter, Konkursverwalter sollen dagegen Hilfspersonen sein. Nur soll hier der Wille des Schuldners durch das Gesetz (!) ergänzt werden.[19] Ausserdem soll hier der Schuldner (als welcher, auf Grundlage der üblichen Theorie, das Subjekt des Sondervermögens angesehen wird) nur beschränkt haften. Sowohl jene „Ergänzung" wie die beschränkte Haftung erscheinen uns als konstruktive Unmöglichkeiten. Sieht man diese Verwalter als gesetzliche Vertreter des selbständigen Sondervermögens an, so ergibt sich das gleiche Resultat aus BGB. 278 ohne Schwierigkeiten. Im übrigen würde hier, wie bei den juristischen Personen, die umfassendere Haftung aus BGB. 31, 86, KO. 59 Z. 1 direkt oder analog Platz greifen.

---

17. Asmis S. 3, No. 3, gibt noch den Testamentsvollstrecker zu.
18. Goldmann-Lilienthal I, S. 198, No. 2. S. 325.
19. Ebenda S. 325, No. 37.

Dem Richtigen nahe kommt Feder dadurch, dass er den Begriff des „gesetzlichen Vertreters“ (S. 24/25) in allerdings ganz unzulässiger Weise ausdehnt und so in kasuistischer Form eine Reihe von Fällen der gesetzlichen Geschäftsführungsbefugnis umspannt, ohne freilich das Prinzip einzusehen.[20]

Eine gesetzliche Ermächtigung zur Erfüllung fremder Verbindlichkeiten finden wir in gewissen Fällen der „gesetzlichen Vollmacht.“ In der Schlüsselgewalt der Ehefrau ist die Ermächtigung zur Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten inbegriffen. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Geschäftsführung finden wir ferner bei den handelsrechtlichen Vollmachten, soweit sie nicht durch das interne Verhältnis gedeckt sind. Denn diese handelsrechtlichen Vollmachten sind im Grunde mehr als ihr Name sagt: sie ermächtigen nicht nur zur Vertretung, sondern „zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Geschäftsbetrieb (gewöhnlich) mit sich bringt“ (vgl. HGB. 49 I, 54 I, 527 I). Es liegt darin also unter Umständen auch die Ermächtigung zur Erfüllung von Verbindlichkeiten.

Bemerkenswert ist, dass für den Umfang der gesetzlichen Ermächtigung nicht das interne Verhältnis massgebend ist, sondern das äussere (nicht die Geschäftsführungsbefugnis, sondern die Geschäftsführungsmacht, vgl. oben p. 73). Wenn beispielsweise der Ehemann seiner Frau, die er als jähzornig und geizig kannte, die Befugnis entzogen hat, das Gesinde zu beaufsichtigen und zu beköstigen und ihm Befehle zu erteilen, ohne dies in das Güterrechtsregister eintragen zu lassen, und nun die Frau aus Aerger über diesen Eingriff sich sogleich, bevor noch jemand etwas von der Entziehung weiss, tätlich an einem Dienstboten vergreift,

---

20. Dass Feder andererseits wieder Organe nicht als Vertreter ansieht, ist praktisch hier belanglos, da die Haftung aus BGB. 31 die aus BGB. 278 ganz in sich einschliesst.

so haftet der Mann doch aus dem Gesindevertrag. Die Haftung trifft ihn nicht etwa deshalb, weil er sich der Frau zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit „bediente", — er hat ihr dies ja sogar ausdrücklich verboten — sondern deshalb, weil die Frau kraft Gesetzes zu dieser Erfüllung ermächtigt ist. Ebenso ist in dem sicher leichter praktisch werdenden Fall zu entscheiden, dass der Prinzipal dem Prokuristen ausdrücklich untersagt hat, eine Ordre persönlich zu erfüllen, dieser sich aber nicht daran kehrt und sich bei der Erfüllung ein Versehen zu schulden kommen lässt: der Prinzipal haftet trotz seines Verbots!

Der Mann ist, wie wir gesehen haben, nicht gesetzlicher Vertreter seiner Frau. Dagegen ist er befugt in eigenem Namen „ohne Zustimmung der Frau Verbindlichkeiten der Frau zur Leistung eines zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstandes durch Leistung des Gegenstandes zu erfüllen" (BGB. 1376 Z. 3); vgl. oben p. 74. Hierin liegt eine gesetzliche Ermächtigung zur Erfüllung fremder Verbindlichkeiten. Wir müssen deshalb die Frau hierbei nach BGB. 278 haften lassen.

Das Gegenteil wäre unbillig. Eine reiche Frau, die einen armen Mann heiratet und ihm nur ein geringes Gut einbringt, könnte hierdurch ihren Gläubiger arg benachteiligen, wenn gerade der geschuldete Gegenstand zum eingebrachten Gut gehört, und der Mann zu wenig Sorgfalt auf die Erfüllung verwendet.

Einen weiteren Fall einer gesetzlichen Geschäftsführungsmacht bringt BGB. 673 (vgl. oben p. 74). Der Erbe des Beauftragten ist unter Umständen provisorisch berechtigt (ja sogar verpflichtet!) die Geschäftsbesorgung fortzusetzen. Hierin kann eine gesetzliche Ermächtigung zur Erfüllung von Verbindlichkeiten liegen.

Dagegen steht dem negotiorum gestor eine gesetzliche Ermächtigung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Dominus nicht zur Seite. Der Gläubiger, der es sich gefallen lässt, dass ein Dritter die Verbindlichkeit seines Schuld-

ners erfüllt, „ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein“ (BGB. 677), muss sich auf seine Gefahr mit dem Dritten einlassen. Selbst im Falle BGB. 679 hat der gerens keine Geschäftsführungsmacht. Weder braucht sich der Gläubiger seine Gestion gefallen zu lassen, noch kommt zwischen gerens und dominus ein obligatorisches Geschäftsführungsverhältnis zustande. Es erwächst für diesen nur ex lege die Pflicht, die Aufwendungen, die jener gemacht hat, zu ersetzen (BGB. 683). Wenn deshalb mein Nachbar in meiner Abwesenheit unbeauftragt für mich deicht („Erfüllung im öffentlichen Interesse“ BGB. 679) und dabei durch sein Ungeschick den Deich zerstört, so hafte ich nicht. Auch die nachträgliche Genehmigung des Geschäftsherrn ändert daran nichts. Denn sie kann unmöglich die Fiktion herbeiführen, dass er sich des gerens „bedient“ hätte.[21]

Auftraglose Geschäftsführung liegt da nicht vor, wo innerhalb eines Geschäftsführungsvertrages dem diskretionären Ermessen des Geschäftsführers Raum gelassen ist, sondern hier wird auch ohne speziellen Befehl anzunehmen sein, dass sich der Geschäftsherr des Geschäftsführers „bediente“. So haftet in dem von Feder (S. 38) angeführten Beispiel der Dienstherr, wenn die Köchin das geliehene Geschirr ohne besonderen Befehl zurückträgt und dabei zerschlägt.

---

21. Im Resultat übereinstimmend Dernburg II, S. 158, a. M. Isay S. 378, No. 1; teilweise abweichend mit wohl unhaltbarer Kasuistik Feder S. 35/36.

Literatur-Verzeichnis.

NB. Hier nicht angeführte Schriften sind an der betreffenden Stelle mit vollem Titel zitiert.

Asmis, Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Diss. 1900.

Biermann, Vertretung und Vollmacht. 1900.

Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. 1902.

Brinz-Lotmar, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, 4. Aufl., 1892.

Clarus, Vollmacht und Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht. Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 64, S. 161 fg.

Cosack, Lehrbuch des deutschen B.R., 4. Aufl., 1903.

Crome, System des B.R., 1900.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht.

Dniestrzanski, Die Aufträge zugunsten Dritter, I, 1904.

Eccius, Zur Lehre von der Vollmacht, bei Gruchot, B. 47, S. 209 fg.

Eck-Leonhard, Vorträge über das BGB., 1898 fg.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7/8. Aufl., 1900/1.

Engelmann, Das Bürgerliche Recht, 3. Aufl., 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1901.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. Vorwort von Kipp, 1902.

Fischer-Henle, BGB., 1902.

Gaupp-Stein, CPO., 4. Aufl., 1901.

Goldmann-Lilienthal, BGB., 1901.

Hellmann, Vorträge über das BGB., I, 1897.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, cit. Verträge.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900, cit. Anspruch.

Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft, 1901, cit. Rechtskraft.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1903, cit. Lehrb.

Hellwig, Zeitschrift für Civilprozess, B. 29, S. 520. Rezension von Hupka. Die Vollmacht.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905.

Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen. Diss. 1902.
Hupka, Die Vollmacht, 1901.
Isay, Die Geschäftsführung, 1900.
Keyssner, Der Quittungsträger, Festgabe für Koch, 1903, S. 139—149.
Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, ebenda S. 110—138.
Kohler, Lehrbuch des B.R., 1904.
Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Geschäften nach d. A. D. H. G. B. in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, B. 10, S. 183 fg.
Laband, Zum 2. Buch des Entwurfs eines BGB., im Arch. f. d. civ. Praxis, B. 73, S. 161 fg.
Lax, Die Vollmacht nach dem BGB., Diss. 1899.
Lehmann-Ring, Kommentar z. HGB., 1901.
Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB., 1900.
Leonhard, Krit. Vierteljahrsschrift, B. 44, S. 404 fg. Rezension von Isay. Die Geschäftsführung.
Lescynsky, Die abstrakte Natur der Bevollmächtigung, 1901, Diss.
Matthias, Lehrbuch des B.R., 3. u. 4. Aufl., 1900.
Mitteis, Stellvertretung, 1885.
Mommsen, W., Natur und Erteilung der nach 167, 171, 172 BGB. begründeten Vertretungsmacht. Diss. 1899.
Mugdan, Materialien z. BGB.
Neumann, Handausg. des BGB. I, 3. Aufl., 1903.
Nussbaum, Haftung f. Hülfspersonen, 1898.
Ostern, Schlüsselgewalt der Frau, Diss. 1898.
Petersen-Anger, CPO., 4. Aufl., 1899.
Planck, BGB., 1902/4. (Die neueste Auflage ist nur für den allgemeinen Teil benutzt).
Preuss, Stellvertretung oder Organschaft, in Iherings Jahrb. f. Dogmatik, B. 44, S. 429 fg.
Rehbein, Kommentar z. BGB., I, 1899.
Rosenfeld, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, 1900.
Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen. Arch. f. civ. Praxis 93, S. 171 fg.
Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte, 1881.
Schlossmann, Lehre v. d. Stellvertretung, B. 1, 1900, B. 2, 1902.
Schlossmann, Organ und Stellvertreter, in Jherings Jahrb. f. Dogmatik, B. 44, 289 fg.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, I, 1899.
Schröder, Das eheliche Güterrecht, 2. Aufl., 1899.
Staub, Kommentar z. HGB., 6/7. Aufl., 1900.
Staudinger, Kommentar z. BGB., 2. Aufl., 1904,

Stern, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, Diss. 1903.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl.
Wertheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen. Diss. 1900.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, I, 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrb. der Pandekten, 8. Aufl., 1900.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB., I u. II, 1889.
Zitelmann, Das Recht des BGB., Allg. Teil, 1900.